Wie weit besteht nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 und dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein subjektives Privatrecht an dem Gewerbebetrieb?

(Ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht.)

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

eingereicht von

Paul Lauber

aus Cöln-Lindenthal

Referendar am Königlichen Landgericht zu Aachen.

ACAD. IURIDICA KIEL

Approbiert am 27. Oktober 1909.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

156

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung: Begrenzung der Aufgabe; in der Fragestellung des Themas liegen zwei Fragen: 1. Besteht ein subjektives Recht an dem Gewerbebetrieb? und im Falle der Bejahung: 2. Wie weit besteht dieses Recht? Damit ist der Weg der Lösung gegeben 1

A. Der Begriff des subjektiven Privatrechts.

§ 2. I. Auszugehen ist vom objektiven Rechte, das formal auf Grund der Normentheorie charakterisiert wird 3

Anhang. Widerlegung der Ansicht Dernburgs, das subjektive Recht sei gegenüber dem objektiven das ursprüngliche 6

§ 3. II. Auf Grund des Rechtsverhältnisses läßt sich das subjektive Privatrecht bestimmen. Zwei Ansichten werden vertreten 8

§ 4. 1. Subjektives Privatrecht ist die günstige Stellung einer Person im Rechtsverhältnis oder, anders ausgedrückt, rechtlich geschütztes Interesse 8

Anhang. Ihering, der als Hauptvertreter dieser Theorie hingestellt wird, vertritt tatsächlich diese Ansicht nicht; ebensowenig grundsätzlich v. Liszt. 10

§ 5. 2. Es kommt noch auf die Art des Schutzes an; es muß hinzutreten, daß der Begünstigte den zu seinen Gunsten erlassenen Rechtsbefehl erzwingen kann. Erläuterung dieses Begriffsmoments 11

Gründe für die Richtigkeit der zweiten Ansicht.

a) Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 6. α) Die Gegenüberstellung in § 823 Abs. 1 u. 2 BGB. 14

Anhang. Eingehen auf die Auslegung des § 823 Abs. 1 mit Rücksicht auf v. Liszts Ansicht, durch diesen Paragraphen sei der Unterschied zwischen Recht und Rechtsgut endgültig beseitigt 15

§ 7. β) Die Behandlung der Verträge zugunsten Dritter . 18

§ 8. γ) Die Gegenüberstellung von Auflage und Vermächtnis 19

§ 9. δ) Der Umstand, daß das Bürgerliche Gesetzbuch bei den anerkannten absoluten Rechten die Unterlassungsklage gewährt. 21

§ 10. b) Allgemeine Erwägung. Wesentlicher Unterschied der Rechtsstellung, je nachdem dem Begünstigten eigene Rechtsmacht verliehen ist oder nicht 22
§ 11. Widerlegung der vom Reichsgericht, Fuld, Kohler und Eltzbacher vertretenen Auffassung über die Unterlassungsklage 22
§ 12. Widerlegung von Hellwigs Theorie, wonach durch § 259 ZPO. eine allgemeine Unterlassungsklage gegeben sei 28
§ 13. Ergebnis 32
B. Das subjektive Privatrecht an dem Gewerbebetrieb besteht, und zwar im Umfange der im Wettbewerbsgesetz gegebenen Normen.
§ 14. I. Die Frage nach dem Bestehen des subjektiven Rechts an dem Gewerbebetrieb ist auf Grund des unter A Ausgeführten zu bejahen. Die in dem Wettbewerbsgesetz gewährten Unterlassungsansprüche haben mit den z. B. in §§ 12 u. 1004 BGB. gegebenen gleichen Charakter; Widerlegung der von Lau verfochtenen Ansicht . . 32
§ 15. II. Das Recht, dessen Gegenstand die gewerbliche Tätigkeit bildet, besteht im Rahmen der im Wettbewerbsgesetz aufgestellten Rechtsnormen. Nicht in Betracht kommen die §§ 824 u. 826 BGB. Die Konsequenz dieser Auffassung 38
Anhang. Die Theorie über das allgem. Recht der Persönlichkeit. 42
§ 16. Endergebnis. 43

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 7 1901 S. 59—75.

Bierling, Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre. Bd. 1 1894, Bd. 3 1905.

Binder, Julius, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 1 1901.

Binder, Julius, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.

Clausius, John, Das Merkmal der Macht im Begriff des subjektiven Rechts. Bonner Diss. 1890.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1903.

Crome, Karl, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1900.

Dernburg, Heinrich, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1 1906, Bd. 2 Abt. 2 1906.

Eltzbacher, Paul, Die Unterlassungsklage. Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes. 1906.

Finger, Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 27. 5. 1896 nebst dem Recht an Namen (§ 12 BGB.) u. § 826 BGB. 1907.

Fuld, Unterlassungsklage und Schadensersatzklage. Im Sächsischen Archiv Bd. 12 1902 S. 257 ff.

Fuld, Das Urheberrecht an Zeitungsartikeln. In Gruchots Beiträgen Bd. 47 1903 S. 363 ff.

Fuld, Die Novelle zum Wettbewerbsgesetz. Deutsche Juristenzeitung 1908 S. 283 ff.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht. Bd. 1 1895.

Hellwig, Konrad, Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht. 1900.

Herzfeld, Otto, Das absolute Recht am Gewerbebetriebe. Rostocker Diss. 1905.

Jhering, Rudolf, Geist des römischen Rechts. Teil 3 Abt. 1 1865.

Kohler, Josef, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Begründet von Franz v. Holtzendorff. Herausgegeben von Kohler. Bd. 1 1904.

Kohler, Josef, Das Autorrecht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 18 S. 129 ff.

Kohler, Josef, Ehre und Beleidigung. In Goltdammers Archiv Bd. 47 1900 S. 98 ff.

Kohler, Josef, Einführung in die Rechtswissenschaft. 1905.

Kohler, M. M., Das Verbrechen des unlauteren Wettbewerbs. 1901.

Langheineken, P., Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Lau, Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff. BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 47 1903 S. 497 ff.

Lehmann, Heinrich, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906.

v. Liszt, Franz, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

Lobe, Adolf, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Bd. 1: Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen. 1907.

Lobe, Die zivilrechtlichen Folgen von Verrufserklärungen in den modernen Lohnkämpfen. Deutsche Juristenzeitung 1908 S. 934 ff.

Mannhardt, Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten. Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 416 ff.

Marcus, Ist die Unterlassungsklage nach dem Wettbewerbsgesetz noch statthaft, wenn die Handlung vor Klageerhebung seitens des Täters rückgängig gemacht war? Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 172 ff.

Müller, Ernst, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz. 1904.

Oertmann, Paul, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen. Buch 1. Allgem. Teil. 1908.

Oertmann, Paul, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906.

Oertmann, Paul, Der Dinglichkeitsbegriff. In Iherings Jahrbüchern Bd. 31 S. 415 ff.

Oertmann, Paul, Die Entschädigung der Privatpostanstalten. Deutsche Juristenzeitung 1899 S. 93 ff.

Oertmann, Paul, Sittenwidrige Handlungen. Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 325 ff.

Oertmann, Paul, Unterlassungsansprüche aus unerlaubten Handlungen? Deutsche Juristenzeitung 1904 S. 616 ff.

Osterrieth, A., Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. 1908.

Pinner, Alb., Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (Kommentar). 1903.

Pisko, Oskar, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. 1907.

Poeschl, H., Die Praxis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. 1903.

Schaufuß, Walter, Die Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Privatrechts nach § 823 BGB. Bonner Diss. 1899.

Schramm, Kurt, Inwieweit ist der Gewerbebetrieb nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschützt? Leipziger Diss. 1903.

Sohm, Rudolf, Der Gegenstand. 1905.

Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäfts. 1903.

Stephan, Alfred, Die Unterlassungsklage. 1908.

Thon, August, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.

Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. v. Theodor Kipp. Bd. 1 u. 2 1906.

Zitelmann, Ernst, Internationales Privatrecht. Bd. 1 1897, Bd. 2 Teil 1 1898, Bd. 2 Teil 2 1903.

Zitelmann, Ernst, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Allgem. Teil 1900.

Verhandlungen des 28. und 29. Deutschen Juristentages (Gutachten und Stenographische Berichte); im Text abgekürzt in 28. bezw. 29. DJT.

Abkürzungen.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
Entsch. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Goltdammer = Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Iherings Jahrb. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JurW. = Juristische Wochenschrift.
RG. = Reichsgericht.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Warneyer = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband, enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (soweit nicht in amtlicher Sammlung abgedruckt).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0099

§ 1.

Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 27. 5. 1896 ist durch ein neues Gesetz v. 7. 6. 1909 abgelöst. Das neue Gesetzbuch hat gegenüber dem alten beachtenswerte Neuerungen gebracht; um nur auf zwei Punkte hinzuweisen, ist einmal in § 1 ein allgemein gehaltener Rechtssatz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs eingefügt und dann in den §§ 7 ff. das Ausverkaufswesen zum ersten Male der gesetzlichen Regelung unterworfen. Es ist jedoch nicht Zweck dieser Abhandlung, die Änderungen und neuen Bestimmungen des Gesetzes einer kritischen Betrachtung zu unterziehen; vielmehr soll im folgenden die Entscheidung einer Streitfrage versucht werden, die zwar — unter der Voraussetzung freilich, daß man den Standpunkt des Verfassers teilt — nach Erlaß des neuen Wettbewerbsgesetzes im großen und ganzen ihre praktische Bedeutung verloren hat, die sich aber prinzipiell in demselben Stadium befindet wie vorher, nämlich, ob und wie weit ein subjektives Privatrecht an dem Gewerbebetrieb besteht. Es mehren sich zwar zusehends die Stimmen derer, die das Dasein dieses Rechts mit Bestimmtheit behaupten. Besonders suchen die Verfechter dieser Lehre — mit verschwindend wenigen Ausnahmen — von dem Rechte der Persönlichkeit ausgehend eine Begründung des gewerblichen Rechts zu geben. Allgemeine Anerkennung ist diesen Versuchen aber nicht gezollt worden. Bei der Untersuchung der aufgeworfenen Frage hat man sich nicht damit begnügt, die Bestimmungen des Wettbewerbsgesetzes und vielleicht noch die des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Beweise heranzuziehen, man hat auch das öffentliche Recht, die Gewerbeordnung, die verschiedenen Urheberrechtsgesetze, das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen in den Kreis der Erörterung gestellt. Demgegenüber steckt sich die folgende Darstellung das Ziel wesentlich

enger; sie unternimmt, festzustellen, wie weit auf Grund zweier Gesetzgebungswerke, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Wettbewerbsgesetzes, ein subjektives Privatrecht an dem Gewerbebetrieb anzuerkennen ist. Auf die beiden ersten Silben des Wortes „Privatrecht" wird besonderes Gewicht gelegt. Insoweit ist die Arbeit umgrenzt.

In dem Thema liegen zwei Fragen. Erstens: Geben die genannten beiden Gesetze einen Anhalt, von einem subjektiven Rechte an dem Gewerbebetriebe zu reden? und für den Fall der Bejahung zweitens: Wie weit besteht dieses Recht? Denn mit Feststellung eines derartigen Rechts ist nicht ohne weiteres der Inhalt des Rechts gegeben.[1]) Mitunter ist dieser erst zu ermitteln. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Darstellung irgendeines subjektiven Rechts somit in zwei scharf zu sondernde Teile zerfallen müßte; das wäre m. E. völlig verkehrt. Man muß sich aber der erwähnten Scheidung bewußt sein, um einen Fehler zu vermeiden, der häufig begangen wird. So wird von den meisten Schriftstellern ein Recht an dem Gewerbebetrieb festgestellt und dann erklärt, sämtliche Handlungen, die den Gewerbebetrieb stören, seien demnach verboten.[2]) Regelmäßig wird dadurch diesem Rechte — es sei natürlich vorläufig noch dahingestellt, ob ein solches existiert — eine inhaltliche Ausdehnung gegeben, für die sich im Gesetze keine Stütze finden läßt; denn sicherlich ist nur ein Verhalten untersagt,

[1]) s. hierzu Zitelmann, Intern. PrivR. Bd. 1 S. 43; Schaufuß S. 20, 52; Lehmann S. 129; Eltzbacher S. 119, 126, 127.

[2]) Darin besteht auch nach den meisten der Wert, das Bestehen eines derartigen subjektiven Rechts darzutun. Auch Lobe, der sonst für das Gewerberecht feste Anhaltspunkte im Gesetze aufsucht, verfällt in diesen Fehler, wie seine Bemerkungen (Bd. 1 S. 193, 194) zeigen. So schreibt er an jener Stelle: „Ein solches Recht besteht entweder oder es besteht nicht; es besteht aber nicht nur insoweit, als es gilt, Schutz gegen einzelne Verletzungen zu gewähren ... Gewährt der Gesetzgeber dem einzelnen aber zum Schutze des Guts eine eigene Abwehrmacht durch Begründung eines subjektiven Ausschlußrechts gegen jedermann, so umfaßt es das Gut in seiner Gesamtheit" (s. Herzfeld S. 7 und viele andere). Man sieht sofort, hiermit ist jeder feste Boden verlassen und der Willkür richterlicher Entscheidung Tür und Tor geöffnet. Viel krasser ist diese Ansicht bei den Anhängern des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts" vertreten. Wer ihnen folgt, braucht m. E. überhaupt kein Gesetz mehr. Man vergißt eben, daß niemand subjektives Recht zu verletzen vermag ohne gleichzeitige Verletzung des objektiven (vgl. Schaufuß S. 36).

das dem subjektiven Rechte nicht entspricht; wie beschaffen dieses Verhalten sein muß, ist doch nur aus dem positiven Rechte zu entnehmen, m. a. W., aus den einzelnen Rechtssätzen. Tatsache ist, daß einige Rechtsordnungen Rechte ausgestaltet haben, die andere nicht kennen; ebenso gewiß ist, daß nicht jedes subjektive Recht — man denke doch nur an das bekannteste, das Eigentum — in jeder Rechtsordnung gleichen Umfang hat. So hat mit Recht das Bürgerliche Gesetzbuch den 1. Titel des 3. Abschnitts im Sachenrecht „Inhalt des Eigentums" überschrieben; gerade die unter diesem Titel aufgeführten Paragraphen bestimmen den Umfang, den Inhalt dieses dinglichen Rechts, der sich durchaus nicht von selbst versteht.[1])

Der Weg, der zur Entscheidung einzuschlagen ist, ergibt sich ohne weiteres. Leicht wäre die Beantwortung der im Thema liegenden ersten Frage, wenn der Begriff des subjektiven Privatrechts feststände; tatsächlich gehört dieser Begriff zu den bestrittensten im Recht. Deshalb muß zunächst notwendig eine Definition des subjektiven Rechts versucht und von dem gewonnenen Ergebnis aus eine Entscheidung getroffen werden.

§ 2.

Bei der Begriffsbestimmung des subjektiven Privatrechts — nur von letzterem ist im folgenden immer die Rede — ist vom objektiven Recht auszugehen. Maßgebend hierfür ist, daß eine Bestimmung des subjektiven Rechts ohne Bezugnahme auf das objektive unmöglich ist.[2]) Mit letzterer Behauptung stehen auch alle bisherigen Definitionsversuche im Einklang. Eine kurze formale Charakterisierung des objektiven Rechts ist vorab erforderlich, da gerade eine verschiedene Auffassung über das Wesen des objektiven Rechts bei der Definition des subjektiven zu anderen Ergebnissen führt oder doch führen kann.[3]) Die Aufdeckung der wahren Natur allen Rechts wird sich noch in mancher Beziehung als vorteilhaft erweisen.

---

[1]) vgl. Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 2, 2 S. 314.
[2]) vgl. Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 1 S. 58, 59.
[3]) vgl. Gierke S. 252 Anm. 3; Clauſius S. 7.

Das Recht[1]) ist dazu da, den Genuß der Lebensgüter zu regeln, die Interessen der Menschen zu schützen. Und das Recht erreicht dies, indem es den Rahmen absteckt, innerhalb dessen die einzelnen Menschen sich frei betätigen können, oder anders ausgedrückt, indem es die Machtgebiete der einzelnen voneinander abgrenzt. Nächster Zweck jeden Rechts ist somit ein bestimmtes äußeres Verhalten von Menschen zu Menschen. Dieser Zweck läßt sich nur verwirklichen durch Normen, Imperative, d. h. durch Befehle,[2]) vermöge deren die einzelnen gehalten sind, etwas zu tun oder etwas zu unterlassen. Das Recht enthält sonach Gebote und Verbote.[3]) Die gebietenden und verbietenden Rechtssätze sind die einzig wahren, selbständigen Rechtssätze. Der Auffassung, daß das Recht eine Summe von Normen sei, widerspricht nicht, daß die einzelnen Rechtssätze sprachlich nicht immer, ja heutzutage höchst selten als Imperative gefaßt sind; es kann nicht bestritten werden, daß alle wahrhaft selbständigen Rechtssätze bei gehöriger Analyse auf Normen sich zurückführen lassen, was mit obigen Worten allein gesagt sein soll. Es ist schlechterdings unmöglich, daß das objektive Recht logisch je eine andere Form annehmen kann. Neben den Befehlen kommen als unselbständige Rechtssätze „verneinende" und „begriffsentwickelnde oder auslegende" vor. Die verneinenden Rechtssätze besagen, daß an einen bestimmten Tatbestand ein Gebot oder Verbot nicht angeknüpft sei oder ein Rechtsbefehl mit

---

[1]) vgl. zum folgenden Bierling Bd. 1 S. 26 ff., 71 ff.; Thon S. 1 ff.; Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 1 S. 43 ff.; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 116 ff.; Crome S. 93, 94.

[2]) Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 1 S. 43 Anm. 5; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 116 Anm. 1; Unterschied mit Bierling Bd. 1 S. 27 Anm. 3 rein terminologisch.

[3]) Es wird behauptet, daß auch das Verbot ein Gebot sei, nämlich ein Gebot der Unterlassung; umgekehrt lasse sich auch das Gebot auffassen als Verbot der Unterlassung. Die Trennung in Gebote und Verbote ist jedoch erforderlich; denn das Gebot bestimmt, was wirklich getan werden soll, das Verbot dagegen nicht. Wie im Einklang hiermit Stephan S. 25 ff. überzeugend dargetan hat, gebietet uns die Rechtsnorm, die von uns ein Unterlassen verlangt, nicht das Unterlassen, sondern verbietet uns ein bestimmtes Tun. Das Gegenteil dürfte man nur sagen, wenn zum Wesen der Unterlassung ein auf das Unterlassen gerichteter Willensentschluß gehörte, was nicht der Fall ist. Vgl. speziell noch Bierling Bd. 1 S. 72 ff.; Thon S. 199 ff.; Lehmann S. 6, 7.

Eintritt einer bestimmten Tatsache untergehe. Beispiele bieten für den ersten Fall die §§ 656, 672 BGB., für den zweiten § 362 BGB. Die begriffsentwickelnden oder deutenden Rechtssätze erläutern, wie ihre Bezeichnung schon sagt, die anderen. Als Beispiel sei auf §§ 1, 2, 104, 106 BGB. verwiesen.

Daneben bestehen nach der Ansicht mancher Juristen[1]) noch erlaubende, gewährende Rechtssätze. Die Selbständigkeit derartiger Regeln muß aber im Anschlusse an Bierling,[2]) der sich eingehend mit dieser Frage beschäftigt, in Abrede gestellt werden; denn die gewährenden Rechtssätze lassen sich ausnahmslos auf die aufgezählten Kategorien von Rechtsregeln zurückführen, und darum allein handelt es sich. Selbst die dogmatische Auffassung des Gesetzes kann hierbei die Wissenschaft nicht hindern, die wahre Natur der Rechtssätze klarzulegen. So will z. B. der § 903 BGB., der lautet: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen" — juristisch betrachtet — nichts weiter besagen, als: es ist allen verboten, den Eigentümer in der Benutzung der Sache zu stören sowie die Sache selbst zu benutzen. Ähnlich liegt die Sache bei § 241 BGB., wonach „der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern". In diesem Paragraphen ist in erster Linie der Befehl an den Schuldner enthalten, an den Gläubiger die Leistung zu bewirken. Daneben liegt weiter in dem § 241 zugleich ein Befehl des Staats an den Staat selbst, welcher, wie unten ausgeführt wird, erst die Rechtsstellung zum subjektiven Rechte macht.

---

[1]) So Gierke S. 124 Anm. 19.

[2]) Bd. 1 S. 36 ff., 72, 93 ff., 163 ff., 179, 277 ff.; Thon S. 292 ff., 345 ff.; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 118; vgl. auch Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 1 S. 44, der jedoch den Begriff der Erlaubnis beibehalten will, weil dieser ein Moment positiver Billigung enthalte, was zwar für die juristische Wirkung nichts ausmache, aber doch von ethischer Bedeutung sei. Hiergegen ist nichts einzuwenden. Zweifellos werden auch die Vertreter obiger Anschauung den Ausdruck „es sei etwas erlaubt" und dergleichen zur farbvollen Charakterisierung schlecht entbehren können. Dies ändert aber alles nichts an der Richtigkeit der Normentheorie. Ebenso wie Zitelmann Crome S. 94 Anm. 3; Lehmann S. 8, 9.

Noch einen weiteren Einwand gegen die imperativische Natur allen Rechts erhebt Gierke.[1]) Ein Rechtssatz nämlich, durch den der Staat sich selbst für verpflichtet erkläre, könne nicht als Befehl aufgefaßt werden. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Auffassung, der Staat sei verpflichtet, allgemein ist; und dann kann es nicht unrichtig sein, von einem Befehl oder, wenn man diesen Ausdruck scheut, von einem Imperativ des Staats an den Staat zu reden, der allerdings in gewissem Sinne eine andere Bedeutung hat, als wenn derjenige, an den sich die Norm wendet, von dem Normsetzenden verschieden ist. Jedenfalls vermag auch Gierke diesem Verhältnisse eine andere befriedigende Erklärung nicht zu geben, so daß mit seiner bloßen Behauptung, an diesem Punkte scheitere die Normentheorie, letztere nicht erschüttert wird.

Anhang.

Im Anschlusse an diese Darlegung wird zweckmäßig die Meinung Dernburgs über das Verhältnis des subjektiven und objektiven Rechts vorgetragen, die, wie ohne weiteres einzusehen ist, mit dem oben vertretenen Standpunkt nicht vereinbar ist. Nach Dernburg bestanden subjektive Rechte geschichtlich lange, ehe sich eine selbstbewußte staatliche Rechtsordnung ausbildete. Im Einklange mit dieser Auffassung besteht nach Dernburg[2]) das subjektive Recht „in dem Anteile an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet". Also gestaltet nicht das objektive Recht die subjektiven, sondern tritt zu ihnen nur anerkennend, gewährleistend hinzu. Dernburg behauptet hiermit die Priorität der subjektiven Rechte vor dem objektiven und führt als Grund an, daß § 9 preuß. VU., wonach das Eigentum unverletzlich ist und nur aus Gründen des öffentlichen Wohls gegen Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden kann, in Widerspruch stehe mit der Ansicht, die Rechtsordnung schaffe die subjektiven Rechte. Hiergegen sei nur betont, daß dieser Paragraph, wie jedes andere Gesetz, jederzeit aufgehoben werden kann, daß jener Satz, wie Kipp

[1]) Gierke S. 117 Anm. 16 u. 19.
[2]) Dernburg Bd. 1 S. 112.

in Windscheid-Kipp[1]) richtig bemerkt, „nur ein Programm sei, das die Gesetzgebung nicht schlechthin bindet und eben deshalb für das innere Wesen der subjektiven Rechte nichts beweist". Ebenso verhält es sich mit dem zweiten Gegengrund Dernburgs: es sei auch der Grundsatz, daß in der Regel neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, nicht begründbar von der Anschauung aus, daß nur die Rechtsordnung die Rechte verleihe. Dieser Grundsatz gilt, wie Dernburg selbst bemerkt, nicht ausnahmslos, und dann gilt er auch nur insoweit, als er eben Recht ist; er kann wie jedes Gesetz aufgehoben werden. Richtig dagegen ist m. E., daß subjektives Recht und objektives gleich ursprünglich sind, daß das eine nicht bestehen kann ohne das andere. Das subjektive Recht ist mit dem objektiven zugleich gegeben.[2]) Zuzugeben ist Dernburg, daß man sich vielleicht in früherer Zeit der Rechtssätze, die in den anerkannten Rechtsverhältnissen beruhten, nicht bewußt war. Man wird eben entweder die günstigen Stellungen, die dem einzelnen in dem Kreise seiner Genossen eingeräumt waren, als Rechte bezeichnen und damit den allgemeinen Willen, der jene gewährt, als Rechtsordnung, oder man darf jenen Positionen auch nicht die Qualifikation als Rechte zuerkennen, sondern diese dann eben nur als tatsächliche günstige Stellungen auffassen. Dernburgs Lehre ist ein Anklang an die Theorie über die sogen. Grundrechte der Menschen, über die unveräußerlichen Menschenrechte, die unabhängig von irgendeiner Rechtsordnung bestehen sollen. Die Ansicht Dernburgs birgt insofern einen wahren Kern in sich, als der Gesetzgeber nicht willkürlich aus freier Phantasie das Recht erfindet, sondern mit den gegebenen Lebensverhältnissen rechnen muß, diese eben den Stoff, das rohe Material bilden, das der Gesetzgeber zum Recht verarbeiten muß.[3])

---

[1]) Bd. 1 S. 158 (in Anm. 3 § 37).

[2]) s. Gierke S. 251 ff.; Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 1 S. 56 ff.; Kipp in Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 158, 159 (in Anm. 3 § 37); Oertmann in Iherings Jahrbücher Bd. 31 S. 444; Crome S. 64, 65; Kohler, Einführung S. 8.

[3]) vgl. Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 1 S. 51; Crome S. 65.

§ 3.

Wie oben ausgeführt, besteht alles Recht aus Normen. Diese wenden sich gebietend und verbietend an den Willen der ihnen unterworfenen Menschen. Ihr Zweck geht — soweit das Recht überhaupt ein billiges, vernünftiges genannt werden kann — nicht dahin, die Gehorsamsbereitwilligkeit der Untertanen, wenn man diesen Ausdruck gebrauchen darf, zu prüfen: die Imperative haben die Aufgabe, die Interessen der Menschen zu schützen. Nur unter Menschen besteht das Recht seiner Natur nach. Durch die einzelnen Rechtsbefehle werden Rechtsbeziehungen oder Rechtsverhältnisse zwischen den Menschen geschaffen, indem die Rechtsordnung die tatsächlichen Lebensbeziehungen durch Befehle schützt. In jedem Rechtsverhältnis ist notwendig ein Verpflichteter und ein Begünstigter; denn jede Norm muß den einen verpflichten, den anderen begünstigen:[1] an einen bestimmten oder mehrere bestimmte oder an alle sind Gebote oder Verbote zugunsten eines anderen gerichtet. In letzter Linie — abgesehen von formalen Bedenken, die mitunter noch gegen die eine oder andere Definition des subjektiven Rechts ins Feld geführt werden — dreht sich der Streit der Meinungen heute darum, ob bereits diese günstige Stellung des einzelnen im Rechtsverhältnis als subjektives Recht aufgefaßt werden darf, oder ob nicht gewichtige Gründe zu einer engeren Begriffsbestimmung mit zwingender Notwendigkeit drängen.

§ 4.

Klar formuliert hat Eltzbacher[2] neuerdings den ersteren Standpunkt. Er bestimmt das Recht als „die Tatsache daß eine

[1] Dieser Satz gilt ausnahmslos, so auch — diese Fälle konnten Zweifel erregen — z. B. bei den Verboten der Gotteslästerung, der Tierquälerei: im ersteren Falle wird selbstverständlich nicht Gott und im letzteren Falle werden nicht die Tiere begünstigt, sondern die Menschen in ihren Empfindungen und Gefühlen; vgl. Bierling Bd. 1 S. 22.

[2] S. 104. Schon früher hat Bierling Bd. 1 S. 161 ebenso treffend von diesem Standpunkt aus das Recht bestimmt als „die ihrem Inhalt nach durch eine Rechtsnorm gegebene Stellung des einen Teils in irgendeinem Rechtsverhältnisse und zwar des begehrenden, imperativisch redenden oder doch von anderer Seite so vorgestellten Teils". Ebenso Heilwig S. 3: „Recht ist das Rechtsverhältnis, betrachtet von seiten des Berechtigten".

[illegible] anderen einschränkt". Gegen die [illegible] engeren Begriffes macht er nur geltend, daß es [illegible] ein weiteres Begriffsmoment [illegible] bemerkt werde, es komme auch auf die Art des Schutzes an; worin dieser aber bestehen müsse, um von einem [illegible] zu reden, werde nicht gesagt.[1] Dies ist besonders mit Rücksicht auf Oertmanns Darlegung[2] gesagt; doch ist der Vorwurf Elzbachers ungerechtfertigt; es kann nämlich nach den Erörterungen Oertmanns keinem Zweifel unterliegen, daß Oertmann, der das Dasein eines [illegible] gegenüber einem rechtlich geschützten Interesse von einem besonderen [illegible] abhängig macht, eben nur dann ein Recht anerkennt, wenn das Gesetz dem Begünstigten zugleich die Macht verleiht, selbständig die Rechtsnorm gegen den Verpflichteten zur Geltung zu bringen (vgl. unten § 5).

Endlich gehört auch die Definition Jherings[3] hierher, der das Recht als „rechtlich geschütztes Interesse", als „rechtliche Sicherheit des Genusses" definiert. Man mag dieser Formulierung vorwerfen, daß sie verkehrterweise den Zweck des Rechts in die Definition aufgenommen habe, aber ein prinzipieller Unterschied zwischen dieser Ansicht und der Elzbachers kann nicht konstruiert werden.[4]

Dieser Meinung schließt sich auch das Reichsgericht in seiner Entsch. v. 11. 4. 1901 (Entsch. Bd. 48 S. 114 ff.) und vielen anderen an, wenn auch nicht ausdrücklich, so aber doch genügend deutlich durch seine Ausführung: „überall, wo die Rechtsordnung eine Vergünstigung auferlege, gewähre sie auch ein Recht". Ebenso sind alle diejenigen hierher zu rechnen, die mit dem Reichsgericht bei jeder Verletzung des objektiven Rechts die Unterlassungsklage

[1] Elzbacher S. 106 ff.

[2] DJZ. 1904 S. 615 ff.

[3] S. 317. Ebenso definiert Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 18 S. 186, 196 das subjektive Recht als „geschütztes Interesse", als „geschützten Genußgehalt". In [illegible] Elzbacher das subjektive Recht [illegible] „als die [illegible] von der Rechtsordnung gebotenen [illegible]". Daß Kohler mit [illegible] Begriffsbestimmung seine frühere Ansicht über das subjektive Recht hat aufgeben wollen, wird man [illegible] nicht behaupten können.

[4] Oertmann, DJZ. 1904 S. 618, 619; Stephan S. 143 ff.

zusprechen; denn hiermit wird diese Klage als Kennzeichen des absoluten Privatrechts (vgl. unten § 5) geleugnet.

Von dem von Bierling u. a. vertretenen Standpunkt aus ist es auch richtig, das objektive Recht und das subjektive „als zwei Seiten einer Gesamterscheinung“ [1]) zu bezeichnen; denn dann erschöpft sich das Recht in Schaffung von Rechten. Recht und Rechtsgut ist ein und dasselbe oder mit andern Worten jede Rechtswidrigkeit Verletzung eines subjektiven Rechts.

Anhang.

Als Hauptvertreter der vorgetragenen Anschauung werden immer wieder Ihering und v. Liszt bezeichnet. Richtig ist, daß Ihering die Definition so gibt, wie sie oben zitiert ist. Wie aber aus den näheren Ausführungen Iherings mit Deutlichkeit hervorgeht, faßt Ihering den Begriff des subjektiven Privatrechts tatsächlich doch enger. Er verlangt noch, daß derjenige, der durch eine Rechtsvorschrift geschützt ist, zum Selbstschutze seines Interesses, und zwar zur Klage berufen ist. Er hebt gerade — entgegen Bierling, Eltzbacher u. a. — S. 328 hervor, daß die Polizei- und Strafgesetze keine subjektiven Privatrechte schaffen. Es muß vielmehr, wie Ihering auf der angezogenen Seite bemerkt, zur Vervollständigung des Begriffs des Privatrechts noch hinzukommen, „daß dem Berechtigten selber der Schutz seines Interesses anvertraut ist, daß er rücksichtlich dieses Schutzes nicht von der Gnade eines anderen abhängig ist, sondern selber die Initiative ergreifen kann“. Desgleichen ist v. Liszt durchaus nicht Anhänger der von Eltzbacher vertretenen Theorie, wie seine Darlegungen S. 26, 31 zur Genüge dartun. Prinzipiell unterscheidet v. Liszt zwischen Recht und Rechtsgut.[2]) Er glaubt nur, das Bürgerliche Gesetzbuch habe, wie die Fassung des § 823 Abs. 1 ergebe, den Unterschied zwischen Recht und rechtlich geschütztem Interesse beseitigt, und demnach sei es nicht mehr möglich, den

[1]) Gierke S. 251.

[2]) v. Liszt in seinem Lehrb. des deutschen Strafrechts 1905 (das Werk ist im Literaturverzeichnis nicht zitiert, da es weiter nicht benutzt ist) S. 65 Anm. 1: „Der Begriff des Rechtsguts ist nach meiner Ansicht weiter als der des subjektiven Rechts“.

Unterschied aufrechtzuerhalten. Über diesen Punkt wird im Anhang zu § 6 des näheren gesprochen.

§ 5.

Während die vorgetragene Ansicht zwischen Recht und Rechtsgut einen Unterschied nicht mehr anerkennt, faßt ein Teil der Schriftsteller, denen sich der Verfasser anschließt, den Begriff des subjektiven Rechts enger; sie differenzieren nach der Art des Schutzes und erkennen nur da ein subjektives Privatrecht als gegeben an, wo der im Rechtsverhältnis Begünstigte über den Rechtsbefehl die Verfügungsmacht hat, oder schärfer ausgedrückt, wo die Vollziehung, die Durchsetzung des Rechtsbefehls von dem Willen desjenigen abhängig ist, zu dessen Gunsten er erlassen ist.[1]) Nach diesem Standpunkte hat also in den Fällen, in denen die Geltendmachung der Imperative, die zum Schutze des einzelnen bestimmt sind, dem Staate obliegt, wie z. B. im Strafrecht, der einzelne ein rechtlich geschütztes Interesse, aber kein Recht. Das hiernach noch erforderte Begriffsmoment des subjektiven Rechts bedarf einer

[1]) Kurz und klar ist diese Meinung vertreten von Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 155 ff.; ferner Zitelmann, Intern. PrivR. Bd. 1 S. 42 ff., S. 108, (Definition S. 37), Recht des BGB. Bd. 1 S. 21; Thon S. 113, 133 ff., 178 ff., 202, 216 ff.; Oertmann, Dinglichkeitsbegriff S. 441, 443 ff., DJZ. 1904 S. 618 ff.; Binder, Problem S. 34 ff.; Sohm S. 85 ff.; Cosack S. 52 ff., 600 ff.; Crome S. 160 ff.; Allfeld S. 62, 63; Langheineken S. 8 ff.; Lehmann S. 62 ff., besonders auch S. 85 ff.; Stephan S. 97 ff., 143 ff.; Mannhardt S. 416 ff.; Schaufuß S. 23; Lobe Bd. 1 S. 145 ff. (nicht ganz klar S. 152 in Anm. 5 zu S. 150; hier scheint Lobe dem Schadensersatzanspruch die Fähigkeit zuweisen zu wollen, subjektive Rechte zu schaffen; dies ist natürlich verfehlt); Bruns-Eck-Mitteis in Holtzendorffs Enzykl. S. 310 u. 326 ff., nicht damit im Einklang freilich S. 311: „Ein Sein . . . ist ein Recht, sonst wäre seine Verletzung kein Unrecht"; auch Gierke ist m. E. hierher zu rechnen. Seine Definition S. 251: „Subjektives Recht ist der Inbegriff der Rechtsverhältnisse oder, da die Rechtsverhältnisse aus Befugnissen und Pflichten bestehen, der Befugnisse und Pflichten" ergibt dies zwar nicht ohne weiteres, jedoch lassen spätere Bemerkungen darauf schließen. So schreibt Gierke z. B. S. 706: „Die Persönlichkeitsrechte sind auch durch Klage geschützt, indem sie als (!) absolute Rechte einen im Wege des Zivilprozesses durchsetzbaren Anspruch gegen jedermann auf Anerkennung und auf Unterlassung (!) von Eingriffen und im Falle ihrer Verletzung auf Wiederherstellung oder Ersatz gewähren"; vgl. auch noch S. 253, 260; Gierke in Holtzendorffs Enzykl. S. 448, 475 ff.

näheren Erläuterung. Man unterscheidet — wie allgemein anerkannt ist — absolute Rechte und relative; erstere wirken gegen jedermann, letztere gegen eine einzelne Person oder bestimmte einzelne Personen. Beide Gruppen von Privatrechten können mittelbar und müssen, damit man überhaupt nach unserer Ansicht von Rechten sprechen kann, unmittelbar geschützt sein.[1]) Dem mittelbaren Schutze dienen z. B. die Schadensersatzklagen, so bezüglich des Eigentums der in § 823 Abs. 1 BGB. gewährte Anspruch. Hier ist an die Verletzung des dinglichen Rechts eine neue Obligation geknüpft, eine Forderung aus unerlaubter Handlung. Das Vorhandensein des dinglichen Rechts selbst ist hier Tatbestandsmoment dafür, daß noch unter ferneren Voraussetzungen das neue Recht, der Schadensersatzanspruch, entsteht. Die Sachlage ist die gleiche beim wichtigsten relativen Recht. Macht z. B. der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend, so ist dies Zuschreibung eines Anspruchs, der erst an die Verletzung der ursprünglichen, primären Obligation geknüpft ist; auch hier ist das relative Recht des Gläubigers nur ein Tatbestandsmerkmal im Tatbestande der zweiten Obligation, oder um es vielleicht verständlicher auszudrücken, aus der ersten Obligation hat sich unter Hinzutreten weiterer Tatsachen, z. B. Verzug, Unmöglichkeit, eine neue Verbindlichkeit entwickelt.

Dem eigentlichen, unmittelbaren Schutze des Rechts dienen dagegen nur die Klagen, die auf Erzwingung gerade der Pflicht abzielen, die dem Rechte entspricht. Beim Schuldverhältnis ist der Schuldner verpflichtet, eine Leistung an den Gläubiger zu bewirken; dem unmittelbaren Schutze dient nur die zugleich in § 241 BGB. dem Gläubiger verliehene Klage auf Erzwingung gerade der speziell geschuldeten Leistung. Der Rechtsbefehl an den Schuldner, die Leistung zu bewirken, ist eben hiermit dem Gläubiger zur Verfügung gestellt; in seinem Belieben steht es, ob er die Erzwingung der dem Recht entsprechenden Pflicht verlangen will. Die Durchsetzung des dem Berechtigten gewährten Schutzes ist Geltendmachung des Rechts selbst; die Möglichkeit der Erzwingung

[1]) Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 2, 1 S. 231 ff.; Thon S. 56 ff., 181; Bruns-Eck-Mitteis in Holtzendorffs Enzykl. S. 326 ff.; Hellwig S. 4, 5, 27 ff., 31, 33 ff., 40; Langheineken S. 23, 28; Schaufuß S. 25.

ist nicht etwas außer dem Recht Liegendes, sondern zugleich notwendig gegeben; denn ohne jene besteht überhaupt kein Recht.[1]) In gleicher Weise sind auch die absoluten Rechte geschützt. Diese Rechte sind hergestellt durch Verbote, die sich an jedermann wenden; den unmittelbaren Schutz bieten die Unterlassungsklagen, die dem Berechtigten die Möglichkeit gewähren, die in den absoluten Rechten enthaltenen Rechtsbefehle zur Geltung zu bringen. Die Unterlassungsklage ist hiernach die Voraussetzung, das Kennzeichen[2]) des absoluten subjektiven Rechts. Hinzuzufügen ist noch, daß in den Fällen, in denen das Gesetz von einem „ausschließlichen Recht" spricht, mit Recht die Wissenschaft wie die Praxis nicht gezögert hat, hierin die Anerkennung absoluter Privatrechte zu sehen und demnach folgerecht dem Berechtigten im Rahmen der ihn begünstigenden Normen die Unterlassungsklage zu geben. Die Charakterisierung einer Rechtsposition als „ausschließlichen Rechts" ist hiernach lediglich eine andere Form für die Verleihung der Unterlassungsklage oder, anders ausgedrückt, für die Anerkennung eines absoluten Privatrechts.[3]) Als derartige Gesetze kommen z. B. in Betracht das Patentgesetz v. 7. 4. 1891, das Warenzeichengesetz v. 12. 5. 1894, das Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern v. 1. 6. 1891, das Gesetz über das Verlagsrecht v. 19. 6. 1901, das Gesetz betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen v. 11. 1. 1876 und das Gesetz betr. Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst v. 19. 6. 1901.

Passend definiert man das subjektive Privatrecht hiernach als den günstigen „Zustand dessen, zu dessen Gunsten die Rechtsordnung entweder einem (oder mehreren) bestimmten Dritten oder aber unbestimmten Dritten ein bestimmtes Verhalten geboten hat in dem Sinne, daß es seine Sache ist, ob er diesen Befehl geltend machen will oder nicht".[4])

[1]) vgl. Siber S. 68, 69, 78, 255.

[2]) Natürlich muß es sich um absolute Normen handeln; denn auch bei relativen Normen gibt es mitunter Unterlassungsklagen (vgl. § 550 BGB.).

[3]) Oertmann, DJZ. 1904 S. 621; Mannhardt, DJZ. 1903 S. 416ff.; Schaufuß S. 25; Lau S. 501; Lehmann S. 121ff., 126; Stephan S. 96; Lobe Bd. 1 S. 191, 242.

[4]) Kipp in Windscheid-Kipp Bd. 1 in Anm. 3 § 37 S. 162. Diese Definition entspricht auch der von Windscheid S. 156 gegebenen: „Recht ist eine von der

§ 6.

Als Fundamentalsatz darf man wohl aufstellen, daß die Begriffe, mit denen die Rechtswissenschaft zu operieren nun einmal gezwungen ist, aus den Rechtssätzen abzuleiten sind, nicht umgekehrt Rechtssätze aus Begriffen. Um zu einer Klärung über den streitigen Begriff des subjektiven Privatrechts zu gelangen, ist es dieserhalb notwendig, die Vorschriften des positiven Rechts, besonders — da es sich um Privatrecht handelt — des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ins Auge zu fassen, ob sich aus ihnen Gründe für die oben vertretene (zweite) Ansicht ins Feld führen lassen. Ich glaube, die Frage mit Entschiedenheit bejahen zu dürfen.

Ein beweiskräftiger Grund scheint mir in der Gegenüberstellung des § 823 Abs. 1 u. 2 zu liegen. In Abs. 1 werden bestimmte Lebensgüter, das Eigentum oder ein sonstiges Recht geschützt, indem an deren schuldhafte Verletzungen Schadensersatzansprüche geknüpft sind. Nach Abs. 2 ist zum Schadensersatze verpflichtet, wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Wäre nun wirklich Recht und rechtlich geschütztes Interesse identisch, so wäre die Bestimmung in Abs. 2 unverständlich; denn dann wären bereits durch die Schutzgesetze Rechte geschaffen, deren schuldhafte Verletzung bereits nach Abs. 1 eine Deliktsobligation nach sich zöge; denn Interessen sind auch hier gegeben; sonst könnte, wie Oertmann[1]) richtig hervorhebt, weder von Schaden noch von Ersatz die Rede sein. Ebenso zweifellos sind die Interessen rechtlich geschützt, eben durch jene Schutzgesetze. Da somit schon für diese Fälle nach § 823 Abs. 1 eine Schadensersatzpflicht bei schuldhafter Verletzung aufgestellt wäre, wäre § 823 Abs. 2 vollständig überflüssig.[2]) Wie Oertmann[3]) bemerkt, könnte § 823 Abs. 2 allerhöchstens noch den Sinn haben, „daß

Rechtsordnung verliehene Willensmacht", nur umfaßt diese auch die sogen. „Rechte des rechtlichen Könnens", die in unserer Darstellung nicht in Betracht gezogen werden; vgl. die sachlich gleiche Begriffsbestimmung Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 1 S. 37, Recht des BGB. Bd. 1 S. 21; Lehmann S. 70.

[1]) DJZ. 1904 S. 619.

[2]) Oertmann in DJZ. 1904 S. 619ff. und 28. DJT. Bd. 2 S. 59; Allfeld S. 62, 63; Lehmann S. 69, 125, 227; Stephan S. 146.

[3]) DJZ. 1904 S. 620, Komm. Bd. 2 S. 948 Note 4c zu § 823 BGB.

bei einer in der Rechtsverletzung zugleich zu findenden Schutzgesetzverletzung das Verschulden sich nur auf letztere selbst, nicht auch auf die zugleich eintretende Verletzung des konkreten Rechts (Rechtsgutes) zu beziehen brauche". Hierin kann ich Oertmann nicht beitreten. Ich glaube vielmehr, daß das Verschulden in beiden Absätzen sich auf ein und dasselbe beziehen müßte; denn wer z. B. vorsätzlich das Eigentum verletzt, verletzt dadurch vorsätzlich eine im Eigentum enthaltene Rechtsnorm.[1]) Es müßte sich sonst auch, je nachdem man ein subjektives Recht an dem Gewerbebetriebe anerkennt oder nicht, z. B. für § 15 UnlWG. das Verschulden je nach dem vertretenen Standpunkt auf etwas anderes beziehen, was niemand im Ernste behaupten wird. Jedenfalls würde die von Oertmann angegebene Konsequenz zu einem unsinnigen Resultat führen (ebenso Oertmann a. a. O. S. 620). Auch wenn man, wie v. Liszt S. 32, unter Schutzgesetze nur Polizeigesetze faßt, kann man dadurch doch der hier vorgetragenen Schwierigkeit nicht entgehen.

Anhang.

Wie bereits oben angedeutet, sieht sich v. Liszt durch die Fassung des § 823 Abs. 1 BGB. veranlaßt, den Unterschied von Recht und rechtlich geschütztem Interesse zu leugnen. Es soll deshalb an dieser Stelle auf die Auslegung dieses vielumstrittenen Paragraphen eingegangen werden. M. E. werden drei Meinungen verteidigt, von denen die zuletzt vorgetragene Billigung verdient.

Der Ausdruck „sonstiges Recht eines anderen" bezieht sich nach einer Ansicht nicht nur auf den vorangestellten Begriff „Eigentum", sondern auch auf die Worte „Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit"; es sind dies lediglich Beispiele von Rechten, und die Generalklausel „oder ein sonstiges Recht eines anderen" ermöglicht es, auch andere Bestandteile der Persönlichkeitssphäre als „Rechte" aufzufassen. Zu dieser Ansicht bekennen sich dem-

---

[1]) vgl. in dieser Hinsicht den Satz bei Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 2, 1 S. 231: „Der zivilrechtliche Schutz der absoluten Rechte geschieht (einmal) durch Deliktsklagen im Fall des schuldhaften Zuwiderhandelns gegen die ihnen entsprechenden Störungsverbote".

nach alle Schriftsteller, die ein Recht auf Leben, Körper usw. anerkennen.[1])

v. Liszt bezieht, wie seine Ausführungen S. 22 ff. ergeben, die Worte „oder ein sonstiges Recht eines anderen" auch auf die vier vorgenannten Rechtsgüter; er schließt aber nicht, wie die vorige Meinung, Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit seien daher Rechte im eigentlichen Sinne; er geht vielmehr in seiner Darstellung von folgenden Erwägungen aus. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat durch diese Vorschrift den eigentlichen Rechten die Persönlichkeitsrechte gleichgestellt, trotzdem diese nicht wie jene durch Klage oder Einrede geltend gemacht werden können, sondern einzig und allein durch Strafdrohungen gegen Verletzung geschützt sind (S. 22). Unter Heranziehung dieses Gesichtspunkts gewährt nach v. Liszt die Klausel „oder ein sonstiges Recht eines anderen" der Auslegung dieses Paragraphen freien Spielraum, „um im Einklang mit dem öffentlichen Recht den privatrechtlichen Begriff des subjektiven Rechts zu dem des geschützten Interesses, also des Rechtsguts, zu erweitern" (v. Liszt S. 31). Aus diesem Grunde ist es nach v. Liszt unmöglich, fernerhin noch zwischen Rechtsgut und subjektivem Privatrecht zu unterscheiden.

Richtig ist m. E. folgender Standpunkt, der heute ziemlich allgemein angenommen wird.[2]) Die Klausel „oder ein sonstiges Recht eines anderen" bezieht sich nur auf das vorangehende Wort Eigentum. Nur bezüglich des Schadensersatzanspruchs sind die vier bestimmt bezeichneten Lebensgüter, deren Kreis nicht erweitert werden darf, den Rechten gleichgestellt. Zunächst ist es sprachlich unmöglich, das Wort „Recht" auf Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit zu beziehen; diese Güter bedeuten tatsächliche Zustände, können nur Gegenstände von Rechten sein. Gegen die erste Ansicht läßt sich weiter vorbringen, daß in der Aufzählung des § 823 Abs. 1 BGB. nicht mit dem Eigentum als dem unbestrittensten Privatrechte begonnen ist, vielmehr zuerst die sogen. Persönlichkeitsrechte genannt sind, die als wahrhafte Rechte damals wie

---

[1]) So u. a. Dernburg Bd. 2, 2 S. 699 ff.; Bierling Bd. 3 S. 211 ff.

[2]) So Oertmann, Komm. Bd. 2 S. 941 ff. und 28. DJT. Bd. 2 S. 58; Cosack S. 601 ff.; Schaufuß S. 7 ff.

heute nicht allgemein angesehen wurden.[1]) Gleichwohl, wie man auch über das Bestehen von Rechten an eigener Person denken mag — der Begriff des subjektiven Rechts wird dadurch nicht berührt — ergibt sich die Verkehrtheit der Schlußfolgerung v. Liszts, für die dieser selbst einen ausschlaggebenden Grund nicht beibringt, aus der Entstehungsgeschichte des § 823 BGB. Unbestreitbar sind in dem Sinne des § 704 des 1. Entw. z. BGB. neben den Gesetzen, durch die dem einzelnen ein subjektives Recht eingeräumt ist, solche vorhanden, die, ohne ein Recht zu schaffen, dem Schutze des einzelnen zu dienen bestimmt sind.[2]) Dies ergibt sich aus dem Wortlaute des § 704 des 1. Entw. z. BGB. — der übrigens sachlich in dieser Hinsicht mit § 823 BGB. übereinstimmt — ohne weiteres, indem klar und unzweideutig im Abs. 1 in Verb. mit Abs. 2 ausgesprochen ist, daß nicht jede widerrechtliche Handlung zugleich eine Verletzung eines subjektiven Rechts enthält. Der Abs. 2 Satz 2 enthält ferner die Bestimmung, daß „als Verletzung eines Rechts im Sinne der vorstehenden Vorschrift auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen" ist; zur Begründung führen die Motive (Bd. 2 S. 728) an, daß zu den absoluten Rechten zweifellos das Eigentum und die anderen Rechte an Sachen gehören, daß man dagegen mit Grund zu bezweifeln vermöchte, ob die in Satz 2 Abs. 2 des § 704 genannten Güter als Rechte bezeichnet werden könnten. Um auch an ihre Verletzung eine Schadensersatzpflicht anzuknüpfen, sei der Sicherheit halber Satz 2 eingefügt. Ebenso ist aus den Protokollen (Bd. 2 S. 566, 572 ff., 630) zu entnehmen, daß eine bestimmte Stellungnahme zu der Frage, ob Leben, Körper, Freiheit usw. wirklich Rechte seien, vermieden ist. Man wollte eben in diesem Punkte der Wissenschaft die Entscheidung überlassen. Aus dem Vorgetragenen, besonders aus dem letzten

[1]) vgl. statt anderer Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 1 S. 131 ff. Bis heute ist, soviel ich sehen kann, ein Beweis für das Bestehen derartiger Rechte an eigener Person noch nicht erbracht; vgl. jedoch die Ausführungen Lehmanns S. 128 ff. M. E. besteht ein dringendes praktisches Bedürfnis für das Vorhandensein solcher Privatrechte nicht.

[2]) Ebenso entschieden Mot. Bd. 2 S. 726; Denkschr. S. 149; v. Liszt gibt S. 31 selbst an, daß die Verfasser des BGB. immer von diesem Gedanken ausgegangen sind.

Satze, der wiederholt ausgesprochen ist, erhellt m. E. mit voller Klarheit, daß eine Gleichstellung der sogen. Persönlichkeitsrechte oder weiter gefaßt der Rechtsgüter mit den subjektiven Privatrechten keineswegs erfolgt ist; aus dem bloßen Wortlaute des Abs. 1 § 823 BGB. aber eine so gewichtige und m. E. auch durch den Text durchaus nicht gerechtfertigte Schlußfolgerung mit v. Liszt zu ziehen, ist nicht angängig, abgesehen davon, daß man sich dann mit den anderen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die eine Differenzierung zwischen Recht und Rechtsgut fordern, wie z. B. § 823 Abs. 2 BGB. gegenüber Abs. 1, in Widerspruch setzt.[1])

§ 7.

Die Behandlung der Verträge zugunsten Dritter im Bürgerlichen Gesetzbuch ist ebenfalls mit der Feststellung des Rechts als rechtlich geschützten Interesses unvereinbar.[2]) Wie sich aus den §§ 328—335 deutlich ergibt und unbestritten feststeht, unterscheidet das Gesetz zwischen berechtigenden und bloß ermächtigenden Verträgen zugunsten eines Dritten. Im ersteren Falle steht aus dem Vertrage dem Dritten das Recht zu, die Leistung zu fordern, im letzteren dagegen nicht. Doch auch hier ist ein Interesse des Dritten zweifellos in demselben Umfang wie beim berechtigenden Vertrage vorhanden; und dieses Interesse ist wieder durch den dem Versprechensempfänger zustehenden Anspruch in § 335 BGB. geschützt. Trotzdem sonach ein rechtlich geschütztes Interesse des Dritten auch beim bloß ermächtigenden Vertrage vorliegt, spricht das Gesetz unzweideutig aus, daß dem Dritten ein Recht nicht zusteht. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt den Unterschied zwischen beiden Verträgen nur darauf ab, daß in dem einen Falle der Dritte unmittelbar vom Schuldner die Leistung fordern kann; es erkennt somit nur dann der dem Dritten eingeräumten Rechtsstellung den Charakter eines subjektiven Rechts zu, wenn er den zu seinen Gunsten gegebenen Rechtsbefehl zur Durchführung zu

[1]) Gegen v. Liszt auch das RG. in ständiger Rechtsprechung; vgl. besonders RG. v. 27. 2. 1904, Entsch. Bd. 58 S. 24 ff.

[2]) Oertmann in DJZ. 1904 S. 619; Lehmann S. 68 ff.; Stephan S. 147.

bringen in der Lage ist. Unrichtig ist, wenn Kohler[1]) bezüglich der bloß ermächtigenden Verträge sagt, hierbei „zehre der Dritte bloß parasitisch an einer durch das alleinige Rechtsverhältnis der Kontrahenten geschaffenen Situation"; er übersieht, daß doch der ganze Zweck dieses Vertrages auf die Begünstigung des Dritten gerichtet ist, daß somit der Dritte nicht bloß zufällig die Vorteile des Vertrages mitgenießt.[2])

§ 8.

Ebenso klar tritt der betonte Unterschied beim Vermächtnis und bei der Auflage zutage. Bei der Auflage ist der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichtet, ohne daß „einem anderen ein Recht auf die Leistung" zugewandt wird (§ 1940 BGB.). Dagegen wird durch das Vermächtnis, wie § 2174 BGB. bestimmt, für den Bedachten ein Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern. Es kann also beim Vermächtnis wie bei der Auflage dieselbe Leistung sein, die an einen bestimmten Dritten bewirkt werden soll, und doch erlangt nach dem Gesetz nur beim Vermächtnis der Begünstigte ein Recht, trotzdem auch bei der Auflage ein Interesse des Begünstigten gegeben ist und dieses wieder durch die in §§ 2194, 2196 BGB. gegebenen Klagrechte geschützt ist.[3]) Eltzbacher[4]) glaubt, die Schwierigkeit, die seiner Theorie hierdurch entsteht, lösen zu können. Er meint, es dürfe „die Tatsache, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere

---

[1]) Iherings Jahrb. Bd. 18 S. 186. M. E. liegt auch in den vorhergehenden Worten Kohlers eine Anerkennung, mindestens ein starker Anklang an die oben vertretene Auffassung über den Begriff des Privatrechts, indem er schreibt: „Der Vertrag zugunsten eines Dritten verschafft dem Dritten ein Recht mit dem Augenblicke, wo der Dritte die Erfüllung verlangen (!) kann, also (!) geschützt ist" . . .; danach hat also der Dritte nur dann ein Recht, wenn er über den zu seinen Gunsten erlassenen Rechtsbefehl die Verfügungsmacht hat. Der Ansicht Kohlers schließt sich Eltzbacher S. 104 an.

[2]) Ebenso Lehmann S. 69.

[3]) Oertmann in DJZ. 1904 S. 619; Lehmann S. 70; Stephan S. 147.

[4]) S. 104 ff. Bemerkt sei noch, daß er die folgende Ausführung, wie oben S. 19 Anm. 1 angegeben, auch bezüglich der Verträge zugunsten Dritter macht.

einschränke", nicht mit der anderen verwechselt werden, daß „die Gebundenheit irgendwelcher Menschen jemandem zugute kommt, ohne doch um seinetwillen da zu sein". Dies sei bei der Auflage der Fall: hier „hat der, an den die Leistung erfolgen soll, zwar den Vorteil von der Gebundenheit des Erben, aber diese besteht nicht um seinetwillen, sondern nur um des Erblassers willen. In solchen Fällen haben wir es mit bloßen Nebenwirkungen von Rechten zu tun. Ein Recht hat nur der, um dessenwillen eine Rechtsvorschrift andere einschränkt". Nimmt man diese Erklärungen Eltzbachers, wie man sie nehmen muß, so ergibt sich ein vollständig unsinniges Resultat, abgesehen davon, daß die fragliche Rechtsvorschrift sicherlich vernünftigerweise nur des Bedachten wegen da ist und insofern schon Eltzbachers Auffassung hinfällig ist. Zweifellos verleiht nach Eltzbacher jede Rechtsvorschrift ein Recht; nur kann man mitunter im Zweifel sein, wer der eigentlich Berechtigte ist. Auch bei der Auflage haben wir nach Eltzbacher ein Recht; sonst könnte er doch nicht von „Nebenwirkungen von Rechten" sprechen, und zwar steht dieses Recht nach Eltzbacher dem Erblasser zu; denn wie er behauptet, ist ja die Rechtsvorschrift um seinetwillen da. Wie man sich aber ein derartiges Recht des Erblassers (!) vorstellen soll, verrät Eltzbacher nicht. In § 2194 BGB. ist dem Erben, dem Miterben sowie demjenigen, dem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, und endlich auch, falls die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt, der zuständigen Behörde die formale Befugnis beigelegt, die Vollziehung der Auflage von dem Beschwerten zu verlangen. Ein Recht aber haben die Personen, wie auch, soweit ich zu beurteilen vermag, von keiner Seite behauptet wird, hierdurch nicht, da ja überhaupt durch den primären Befehl an den Beschwerten, die Leistung zu bewirken, eine Rechtsbeziehung zwischen ihm und jenen Personen nicht hergestellt wird, sondern nur zwischen ihm und dem Bedachten.[1])

[1]. An dieser Stelle ist noch ein Hinweis am Platze. Bieten nicht ferner die §§ 656, 762, 764, 814 BGB. einen Beweis für die vorgetragene Meinung? Manche Schriftsteller sprechen nämlich hierbei von klaglosen oder natürlichen Verbindlichkeiten. Wäre auch in diesen Fällen ein Interesse vorhanden und das Inter-

§ 9.

Der Gesetzgeber hat auch in allen unzweifelhaften Fällen, wo er ein subjektives Privatrecht hat schaffen wollen, dem Begünstigten über den zu seinem Vorteile erlassenen Rechtsbefehl die Verfügungsmacht verliehen. Bezüglich des relativen Rechts ist dieser Grundsatz anerkannt in § 241 BGB.; die Norm lautet hier, der Schuldner solle an den Gläubiger leisten; zugleich ist die Durchsetzung dieser Norm von dem Willen des Gläubigers abhängig; denn § 241 bestimmt, daß kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt sei, von dem Schuldner die Leistung zu fordern, d. h. den Leistungsbefehl im Klagewege geltend zu machen. Ebenso hat das Gesetz bei den absoluten Privatrechten die diese bildenden Störungsverbote dem Begünstigten zu eigen hingegeben, ihm die Möglichkeit gegeben, die Befolgung der Verbote direkt zu erzwingen. Der Gesetzgeber hat dies folgerichtig getan, indem er dem Begünstigten in allen Fällen die Unterlassungsklage gewährte. Man vergleiche im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Namensrecht § 12, für den Besitz § 862, für das Eigentum §§ 1004, 1053, teilweise § 907 Abs. 1 Satz 1, für das Erbbaurecht § 1017, für die Grunddienstbarkeit § 1027, für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten § 1090, für den Nießbrauch an Sachen und Rechten §§ 1065, 1068, für die Hypothek § 1134, für die Reallast § 1107 (in Verb. mit § 1134), für die Grundschuld § 1192, für das Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten §§ 1227, 1273 BGB. Hierher gehören weiter die Fälle, in denen das Gesetz von einem „ausschließlichen Recht" spricht, da, wie bereits früher erwähnt, die Bezeichnung einer Rechtsstellung als ausschließlichen

---

esse auch wieder insofern geschützt, als das Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden könnte, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hätte? Wir hätten dann auch hier ein rechtlich geschütztes Interesse, aber doch kein subjektives Recht. Zunächst sagt das Gesetz (auch in § 814, wenn auch nicht so klar) selbst, daß in diesen Fällen eine Verbindlichkeit nicht begründet ist. Dann ist abgesehen davon doch klar, daß es sich in allen Paragraphen nicht um selbständige Normen — Gebote oder Verbote —, die allein ein Rechtsverhältnis herstellen können, handelt, vielmehr um verneinende Imperative. Damit scheiden diese Paragraphen aus der vorliegenden Betrachtung ohne weiteres aus. Dieser Gesichtspunkt ist m. E. vielfach — allerdings bei anderen Gelegenheiten — übersehen.

Rechts nur eine andere Form für die Anerkennung eines subjektiven Rechts oder, was dasselbe ist, für die Gewährung von Unterlassungsklagen ist. Kein Einwand läßt sich gegen unsere Beweisführung daraus entnehmen, daß z. B. beim Vorkaufsrecht ein Unterlassungsanspruch nicht gegeben sei. Dies erklärt sich einfach daraus, daß wir es tatsächlich hier mit einem „Recht des rechtlichen Könnens" (Zitelmann) zu tun haben,[1]) Rechte, die bei der Darstellung keine Berücksichtigung gefunden haben.

§ 10.

Wenn bereits die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Differenzierung von Recht und Rechtsgut gebieterisch fordern, so läßt sich auch eine allgemeine Erwägung als Grund zur Scheidung anführen.[2]) Zweifellos ist nämlich die Stellung des im Rechtsverhältnis Begünstigten eine wesentlich andere, je nachdem ihm die Rechtsordnung noch den zu seinen Gunsten erlassenen Rechtsbefehl zu eigen hingibt, so daß es von seinem Willen abhängt, ob er diesen Befehl zur Anwendung bringen will, oder ihm eine derartige Rechtsmacht nicht verleiht. Im ersteren Falle ist seine Rechtsstellung eine viel stärkere und gesicherte und für den Begünstigten mehr Grund vorhanden, von „seinem Rechte" zu sprechen. Es ist dringend wünschenswert, die beiden Rechtslagen auch voneinander zu sondern, ja man kann sagen, daß selbst de lege ferenda dieser Unterschied zweckmäßig nicht beseitigt wird, da für manche Fälle absolut gegebener Normen, so beim Bestehen schwerer Strafandrohungen, eine Verleihung eigener Rechtsmacht mit Rücksicht auf die Art der Zwangsvollstreckung aus § 890 ZPO. sinnlos wäre.

§ 11.

Wir haben als Merkmal des absoluten Privatrechts die Unterlassungsklage hingestellt. Im Gegensatz zu diesem Standpunkt hat

---

[1]) vgl. Bierling Bd. 1 S. 181; Hellwig S. 3; Langheineken S. 6, 7; Lehmann S. 69.

[2]) s. besonders Lehmann S. 65 ff.; auch Stephan S. 144 ff.

das Reichsgericht zuerst in der bedeutsamen Entsch. v. 11. 4. 1901 [1]) das Gebiet der Unterlassungsklage erweitert, indem es neben jeder Schadensersatzklage jene Klage gewährte und endlich auch bei jeder objektiv widerrechtlichen Handlung die Unterlassungsklage zuließ. Obwohl bereits oben die Ansicht des Reichsgerichts kurz angedeutet ist, soll hier noch die Begründung, die dieser Lehre gegeben wird, wiedergegeben und die Unhaltbarkeit dieser Theorie gezeigt werden. Es ist dies vonnöten, da die Ansicht des Reichsgerichts in der Praxis ziemlich festen Boden gefaßt hat und auch ihre Anhänger in der Theorie sich mehren.

Es handelte sich in der dem Reichsgericht vorliegenden Sache um die Frage, ob im Umfange des § 826 BGB. eine Unterlassungsklage gegeben sei. Nach der Meinung des Reichsgerichts enthält § 826 BGB., obwohl er ausdrücklich nur eine Ersatzpflicht normiere, doch „der Sache nach zugleich den Ausdruck für eine Verbindlichkeit zur Unterlassung". Das Gesetz müsse, so folgert das Reichsgericht, wenn es ein Recht gewährt oder (!) eine Verpflichtung auferlege, auch die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf, also zutreffendenfalls den Anspruch auf Unterlassung gegen den Verpflichteten im Wege der Klage verfolgen zu lassen. Wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch einen Unterlassungsanspruch für einzelne Fälle normiere, wolle es ihn damit nicht für alle anderen ausschließen. Ein Anspruch auf Unterlassung sei somit beim Zutreffen von § 823 oder § 826 BGB. wenigstens da zu gewähren, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde, aber weitere Eingriffe zu besorgen sind. — Der Deduktion des Vorderrichters, der die Unterlassungsklage aus § 249 BGB. herleiten wolle, sei nicht zu folgen. Es möge auch dahingestellt bleiben, ob beim Nachweis der Unterlassungsklage die Analogie der negatorischen Klage zu verwerten sei. Für diejenigen, welche dem Gewerbebetrieb, dessen Ausübung durch Erwerbung von Kundschaft usw. — es handelte sich um einen Fall, der in das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs hineinspielte — den Charakter eines subjektiven Rechts zuschreiben, ergebe sich die Zulässigkeit der quasi-

[1]) Entsch. Bd. 48 S. 114 ff.; vgl. u. a. noch RG. v. 21. 10. 1904, JurW. 1905 S. 20, v. 3. 3. 1905, JurW. 1905 S. 237.

negatorischen Klage aus der absoluten Natur des Rechts; indessen bedürfe es eines Eingehens auf diese Frage nicht usw.

Dagegen findet sich z. B. in dem Urteil v. 2. 1. 1905[1]) die Heranziehung der Analogie zu §§ 12, 1004 BGB.; danach berechtige jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht (!) zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu besorgen seien; die gesetzliche Grundlage finde jener Schutz in der analogen Anwendung der Vorschriften der §§ 12, 862, 1004 BGB.

Das Reichsgericht hat somit in gewisser Hinsicht seine Ansicht geändert; denn richtigerweise mußte das Reichsgericht, wenn es den Unterlassungsanspruch aus den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen ableitet, wenn also neben den im Gesetz gegebenen Schadensersatzansprüchen Unterlassungsklagen einherlaufen sollen, für den Unterlassungsanspruch dieselben Voraussetzungen aufstellen wie für die Schadensersatzklagen. Jener kann also nicht bei einer bloß objektiv rechtswidrigen Handlung statthaben. Das Reichsgericht war sich dessen wohl bewußt, wie aus dem Anfang der zu zweit zitierten Entscheidung hervorgeht.

Der Lehre des Reichsgerichts tritt Fuld[2]) bei. Die Zulässigkeit der Unterlassungsklage neben der Schadensersatzklage folgt nach diesem Schriftsteller „aus dem Wesen der Rechtsverletzung, aus dem Charakter einer unerlaubten Handlung. Die Unterlassungsklage setzt aber nicht ein schuldhaftes Verhalten, sondern nur einen Zustand objektiver Rechtswidrigkeit voraus, bezw. die gerechtfertigte Besorgnis der Fortsetzung der Rechtswidrigkeit und des Eingriffs in das geschützte Recht" (!).[3]) Zur Unterstützung seiner Ansicht bemerkt er,[4]) daß „ja den Bestimmungen über die Rechtsfolgen aus einer unerlaubten Handlung der in § 249 BGB. ausgesprochene Gedanke zugrunde liege, daß dem Urheber der unerlaubten Handlung vor allem die Restitutionspflicht obliegt; die

---

[1]) Entsch. Bd. 60 S. 2; ferner RG. v. 5. 1. 1905, Entsch. Bd. 60 S. 6, v. 18. 1. 1905, JurW. 1905 S. 174 ff, v. 16. 10. 1905, Entsch. Bd. 61 S. 366 ff., v. 14. 1. 1908, JurW. 1908 S. 134.

[2]) Gruchot Bd. 47 S. 373; Sächs. Arch. Bd. 12 S. 257 ff.

[3]) Gruchot Bd. 47 S. 373.

[4]) Sächs. Arch. Bd. 12 S. 258/59.

Restitutionspflicht bedeute aber die Herstellung des Rechtszustandes, wie er vor der unerlaubten Handlung, vor dem Eingriff in das geschützte Recht (!) bestanden habe, und es sei ohne weiteres klar, daß diese Pflicht auch die Verbindlichkeit enthalte, weitere Störungen zu unterlassen".

Ähnlich argumentiert Kohler[1]: es verstände sich doch von selbst, „daß, wenn die Rechtsordnung eine Handlungsweise als zum Schadensersatze verpflichtend charakterisiere, sie damit die Pflicht statuiere, diese Handlungsweise zu unterlassen". Kohler geht in seiner Auffassung noch einen bedeutenden Schritt weiter. Es soll nämlich — ein Punkt, der heute nicht mehr in Betracht kommt, der nur zur Illustrierung der Kohlerschen Ansicht angeführt wird — Abs. 2 § 6 des alten Wettbewerbsgesetzes, nach dem Schadens- und Unterlassungsansprüche im Falle eines berechtigten Interesses an der Mitteilung ausgeschlossen sind, durch § 824 BGB. aufgehoben sein. Aus der Ausschließung des Schadensersatzanspruches im Falle des Abs. 2 § 824 sei nun der Schluß zu ziehen, „daß auf die Unterlassungspflicht fürder unbeschränkt die gewöhnlichen Regeln gelten".[2] Mit Recht hat Lau[3] bezüglich des letzten Punktes darauf hingewiesen, daß es völlig verfehlt ist, aus der Nichterwähnung der Unterlassungsklage auf ihre Existenz zu schließen, wo doch gerade die umgekehrte Folgerung, daß nämlich die Unterlassungsklage nicht gegeben sei, am Platze ist. Kühn ist die Auslegung Kohlers auch insofern, als dem Stillschweigen des Gesetzes die Kraft beigelegt wird, ein entgegenstehendes Gesetz aufzuheben.[4] Noch ein anderer Grund spricht gegen Kohler; er will die Unterlassungsklage aus einer Schadensersatzpflicht herleiten, während im Falle des § 824 Abs. 2 dies doch versagt, mithin doch ein anderer Grund für die Unterlassung beigebracht werden muß.[5]

Was nun zunächst die Meinung angeht, daß aus jeder unerlaubten Handlung eine Schadensersatz- und eine Unterlassungs-

[1] Goltdammer Bd. 47 S. 154; nicht so klar Holtzendorffs Enzykl. S. 651.
[2] Goltdammer Bd. 47 S. 151.
[3] Gruchot Bd. 47 S. 504.
[4] Lau ebenda S. 504; Stephan S. 151 ff.
[5] Lau S. 504.

klage entspringen sollen, so wäre es völlig unverständlich, weshalb der Gesetzgeber nicht in dem Titel über unerlaubte Handlungen allgemein neben jeder Schadensersatzklage die Unterlassungsklage statuiert hätte, besonders da doch die Frage, wo eine Unterlassungsklage zustände, bereits vor Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches überaus streitig und in Reichsgerichtsentscheidungen angeschnitten war.[1])

Vielmehr ist einzig und allein möglich, daß unter Umständen die Schadensersatzklage die Gestalt einer Unterlassungsklage annehmen kann; dann haben wir es tatsächlich mit einer Schadensersatzklage zu tun, die nur als Unterlassungsklage in die Erscheinung tritt. In § 249 BGB. wird nämlich für den Schadensersatz der Grundsatz der möglichsten Wiederherstellung aufgestellt. Der Schaden kann nun in einem fortgesetzt unerlaubten Handeln bestehen; in diesem Falle geht der Schadensersatzanspruch gemäß § 249 BGB. dahin, daß das schädigende Verhalten unterbleibt. Das Unterlassen ist dann Ersatz des entstandenen Schadens und wird „nicht als solches begehrt, sondern als Mittel zur Beseitigung der eingetretenen Schädigung".[2]) Da die Unterlassungsklage hier lediglich eine Erscheinung des Schadensersatzanspruches ist, so erfordert sie selbstverständlich dieselben Voraussetzungen wie diese.

Jedenfalls sind — und dies ist der kritische Punkt — die angeführten Theorien des Reichsgerichts und seiner Anhänger, besonders Fuld und Kohler, nur dann richtig, wenn — was die Vertreter der Ansicht auch annehmen und womit sie ihre Lehren auch begründen (die obigen Zitate ergeben dies ja zur Genüge) — wirklich Recht und Rechtsgut identische Begriffe sind,

---

[1]) Oertmann, DJZ. 1904 S. 621; Lau S. 499, 503; Lehmann S. 223; Stephan S. 150.

[2]) Oertmann, DJZ. 1904 S. 622, 28. DJT. Bd. 2 S. 70, Komm. Bd. 2 S. 937 in Note 4 zur Vorbem. über unerl. Handl.; Kohler in Holtzendorffs Enzykl. S. 651; Stephan S. 154 ff.; Schaufuß S. 28; Cosack S. 610; Lau S. 500, 505, 508; Lobe Bd. 1 Anm. 1 S. 153, 377; vgl. ferner Lehmann S. 223 ff.; Eltzbacher S. 215 ff. Unrichtig ist selbstverständlich, wenn Stephan S. 156 auch bei der Unterlassungsklage aus § 249 BGB. die Besorgnis weiterer Rechtsverletzungen wie bei den Unterlassungsklagen aus absoluten Rechten verlangt; denn die Klage nach § 249 bezweckt nur Beseitigung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Zustandes.

wenn also Auferlegung einer Pflicht dem Begünstigten schon ein Recht verschafft, oder anders ausgedrückt, wenn mit der Pflicht, eine bestimmte Handlungsweise zu unterlassen, zugleich dem durch die Rechtspflicht Bevorteilten die Möglichkeit gewährt ist, die Pflicht direkt im Klagewege geltend zu machen. Da diese Ansicht, wie oben gezeigt, mit dem positiven Rechte nicht vereinbar ist, fallen die Deduktionen des Reichsgerichts und seiner Anhänger in sich zusammen, abgesehen davon, daß die Ansicht, auch bei der sogen. objektiv widerrechtlichen Handlung die Unterlassungsklage zu gewähren, daran scheitert, daß überhaupt nur von einer Pflicht zur Unterlassung „schuldhafter" rechtswidriger Eingriffe bei unerlaubten Handlungen geredet werden kann.[1] [2])

Nach einer Richtung hin ist der Vorgang des Reichsgerichts noch beachtenswert. Wie bemerkt, gewährt das Reichsgericht bei jeder objektiv widerrechtlichen Handlung die Unterlassungsklage, verwirft also damit diese Klage als eigentliches Merkmal des absoluten Rechts; und doch vertritt es gleichzeitig die Ansicht, daß beim Bestehen eines absoluten Privatrechts im Umfange dieses Unterlassungsklagen gegeben seien (vgl. RG. v. 11. 4. 1901, Entsch. Bd. 48 S. 114 ff.). Als Anhänger der Theorie, Recht und Rechtsgut seien identische Begriffe, muß es im Einklang mit dem zweiten Satze nach Konstatierung eines rechtlich geschützten Interesses (= Rechtes) in dem Kreise der dieses sogen. Recht bildenden Normen Unterlassungsklagen annehmen, während tatsächlich nach unserer Ansicht nur bei Gegebensein derartiger Klagen von subjektiven Privatrechten gesprochen werden kann. Das Reichsgericht folgert damit etwas aus dem Rechte, was in diesem bereits enthalten

---

[1]) vgl. zum letzten Satze Lehmann S. 221.

[2]) Gegen das RG. u. a. Oertmann, DJZ. 1904 S. 616 ff., Komm. Bd. 2 S. 937 Note 4; Lau S. 397 ff.; Lehmann S. 122 ff., 220 ff.; Lobe Bd. 1 S. 242/43, 154 Anm. 1 zu S. 153, 197 Anm. 2. — Kipp in Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 959 stimmt mit dem oben Gesagten überein; „es wird", so schreibt er, „die Theorie des RG., wenn sie sich einbürgert, schließlich dahin führen, alle rechtlich geschützten Interessen als absolute Rechte aufzufassen; denn die Klage auf Unterlassung gegen jeden, wenn auch schuldlosen Störer ist das ureigenste Kennzeichen des absoluten Rechts".

sein muß. Damit ergibt sich ein eklatanter Widerspruch in der Auffassung des Reichsgerichts.[1])

In gleicher Weise ist auch der Versuch Eltzbachers,[2]) die im Gesetz ausdrücklich gewährten Unterlassungsklagen im Wege der Analogie auf andere Fälle auszudehnen, als unerlaubt zurückzuweisen. Wiewohl Eltzbacher (S. 80 ff.) die Ansicht des Reichsgerichts verwirft, kommt seine Darlegung tatsächlich doch auf diese Ansicht hinaus.[3]) „Überall", so schreibt Eltzbacher (S. 112), „wo eine Vorschrift des Privatrechts an ein Unrecht zu jemandes Gunsten eine ausgleichende Rechtsfolge anknüpft, da hat dieser ein Recht darauf, daß das Unrecht nicht begangen wird", ja sogar weiter (S. 118): „Überall, wo eine Vorschrift des öffentlichen Rechts ein Verhalten um eines einzelnen willen vorschreibt, da hat dieser ein Recht darauf, daß ein solches Verhalten auch wirklich stattfindet". Auch diese Theorie wird durch die obige Erörterung über die Differenz zwischen Recht und Rechtsgut widerlegt.[4])

§ 12.

Es ist notwendig, noch auf die von Hellwig in seinem bekannten Werke „Anspruch und Klagrecht" verfochtene Lehre einzugehen, wonach auf § 259 ZPO. eine allgemeine Unterlassungsklage gegründet wird. Hellwig[5]) gibt diese Klage in allen Fällen, in denen eine Unterlassungspflicht besteht, und zwar dann, wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß in Zukunft die Unterlassungs-

---

[1]) Wie das RG. u. a. Finger S. 383 unter Ziff. 8d zu § 826; vgl. Marcus S. 172 ff.; auch Mannhardts Worte S. 416 ff. sind in dieser Beziehung nicht einwandfrei, so „man würde nach (!) Feststellung des Begriffs und Aufzählung der Arten der absoluten Rechte . . . auch (!) den Inhalt und Schutz (!) dieser Rechte behandeln"; denn erst nach Klarlegung des Schutzes einer Rechtsstellung ist die Entscheidung, ob ein subjektives Recht vorliegt, möglich. Unklar ist auch die Meinung Osterrieths über die Unterlassungsklage, der diese Klage einmal in Analogie aus §§ 862, 1004 BGB. (so S. 407) und ferner nach Art des RG. bei jeder Verbotsnorm gewährt (S. 408 Anm. 4). — Angedeutet wird der Widerspruch in der Ansicht des RG. von Oertmann, Komm. Bd. 2 S. 937 Note 4.

[2]) S. 90 ff.

[3]) Oertmann, DJZ. 1904 S. 618, 621.

[4]) Ähnliche Äußerungen Eltzbachers noch S. 113, 115. — Gegen Eltzbacher auch Stephan S. 153 ff.

[5]) S. 125, 348 ff., 388 ff.

pflicht verletzt wird. Jeder Unterlassungsanspruch (im Sinne Hellwigs) sei ein Anspruch auf rein zukünftige Leistung. Die Bestimmungen in §§ 12, 862, 1004 usw. BGB. über Unterlassungsklagen seien durch § 259 ZPO. aufgehoben; durch diese Vorschrift sei die Unterlassungsklage ganz allgemein gegeben. Sonach sei auch die Voraussetzung der Rechtsverletzung, die in jenen Paragraphen aufgestellt sei, durch den § 259 ZPO. beseitigt, da § 259 gegenüber den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs die jüngere Rechtsnorm und somit die maßgebende sei.

Zuzugeben ist Hellwig einmal, daß die im Bürgerlichen Gesetzbuch normierten Unterlassungsklagen Leistungsklagen[1]) sind, ferner daß die in § 259 ZPO. gegebene Klage eine Leistungsklage[2]) ist, und endlich daß unter den Leistungsbegriff des § 259 ZPO. (ebenso wie in § 241 BGB.) auch die Unterlassung[3]) mitbegriffen ist.

Trotzdem ist die Ansicht Hellwigs[4]) abzulehnen. Die Novelle von 1898, welche den § 259 ZPO. einfügte, ist mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch gleichzeitig am 1. 1. 1900 in Kraft getreten. Demnach kann man dem § 259 ZPO. nicht den Charakter einer lex posterior zuerkennen; vielmehr widerspricht gerade das „zweifellos vorhandene Verhältnis der Korrelativität, in dem das Bürgerliche Gesetzbuch und die Zivilprozeßordnung zueinander stehen, einer derartigen Derogation",[5]) wie Hellwig sie annimmt.

Man muß somit dem § 259 ZPO. eine andere Bedeutung beimessen. Um den Sinn dieses Paragraphen richtig zu verstehen, muß man zugleich die Bestimmungen in den §§ 257, 258 ZPO. ins Auge fassen, da diese Paragraphen gleichen Charakter haben und gemeinsam durch die Novelle von 1898 in die Zivilprozeßordnung eingeschaltet sind. § 257 bestimmt: Ist die Geltend-

---

[1]) Stephan S. 46 ff.; Eltzbacher S. 196 ff., 212 ff.; Hellwig S. 388 ff.; vgl. § 890 ZPO.

[2]) s. den Wortlaut des § 259 ZPO.; Hellwig S. 381 ff.; Langheineken S. 261; Stephan S. 66, 67.

[3]) Hellwig S. 388 ff.; Stephan S. 62 ff.; Mannhardt S. 417.

[4]) Gegen Hellwig Kipp in Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 174; Langheineken S. 260 ff.; Eltzbacher S. 85 ff., 156; Stephan S. 67 ff.; Siber S. 109; Mannhardt S. 417.

[5]) Langheineken S. 260, 261; Stephan S. 69.

machung einer nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung oder die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung eines Grundstücks, eines Wohnraumes oder eines anderen Raumes an den Eintritt eines Kalendertags geknüpft, so kann Klage auf künftige Zahlung oder Räumung erhoben werden; § 258: Bei wiederkehrenden Leistungen kann auch wegen der erst nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung erhoben werden; § 259: Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Liest man diese Vorschriften, so findet man ohne weiteres, daß sie nicht darauf angelegt sind, Klagrechte neuen Inhalts zu gewähren; sie wollen vielmehr die sonst gegebenen Klagen in einem früheren Zeitpunkte zugestehen; es soll dem Gläubiger die Klagmöglichkeit verliehen werden, daß sofort in dem Augenblicke, in dem der Schuldner der ihm von einem bestimmten Zeitpunkte an obliegenden Verpflichtung nicht nachkommt, die Zwangsvollstreckung beginnen kann.[1]) Bestätigt wird diese Auslegung bezüglich der §§ 257, 258 ZPO. auch durch die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. 1 S. 365); hier heißt es für § 190 Abs. 2 u. 3 des 1. Entw. z. BGB., aus dem die genannten beiden Paragraphen hervorgegangen sind: es ließen „Zweckmäßigkeitsrücksichten es als geboten erscheinen, dem Berechtigten für den Eintritt der betreffenden Zeit die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung im voraus zu eröffnen". Die gleiche Bedeutung ist auch dem § 259 ZPO. nach seinem eigenen Wortlaut — „Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 erhoben werden . . ." — beizulegen.

Weiterhin spricht § 259 ausdrücklich von einem „Schuldner"; diese Bezeichnung verwendet das Gesetz sonst nur für den durch eine relative Norm Verpflichteten. Weshalb das Gesetz im vorliegenden Falle von seinem Brauche abgewichen sein soll, ist nicht einzusehen.

Gleichgültig ist, daß bei Verwerfung der Theorie Hellwigs eine allgemeine Vorschrift über die Frage nach den Klagvoraus-

---

[1]) Langheineken S. 261; Eltzbacher S. 87, 88.

setzungen bei Unterlassungsklagen fehlt;[1]) denn das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in jedem einzelnen Falle die Voraussetzungen derartiger Klagen.

Aus diesen Gründen kann eine allgemeine Unterlassungsklage, wie Hellwig sie behauptet, aus § 259 ZPO. nicht hergeleitet werden.

Noch einen weiteren Grund bringt Langheineken S. 261 gegen Hellwig vor. § 259 ZPO. gewährt Klage auf künftige Leistung, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der „rechtzeitigen Leistung" entziehen werde. Es könne nun, so folgert Langheineken, von „Rechtzeitigkeit der Leistung" nur dann gesprochen werden, wenn zugleich die Möglichkeit bestehe, die Leistung auch noch nachträglich zu bewirken. Bei der Verpflichtung zu einem Unterlassen sei aber eine nachträgliche Bewirkung der Leistung überhaupt ausgeschlossen. Hierin ist Langheineken m. E. nicht zu folgen. So bestechend im ersten Moment die Beweisführung ist, so führt sie gleichwohl zu unannehmbaren Konsequenzen, die dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen können. U. a. würde, abgesehen von den obligatorischen Unterlassungspflichten, die Klage dann nicht gegeben sein, wenn es sich um eine Leistung handelt, die durch eine Zeitbestimmung derart individualisiert ist, daß nach jener Zeit die Leistung überhaupt unmöglich ist, z. B. bei den eigentlichen Fixgeschäften.[2]) Die Klage aus § 259 ZPO. würde gerade in den Fällen zu versagen sein, in denen sie vor allem ihre Kraft bewähren sollte. Man muß Hellwig[3]) auch einräumen, daß § 13 EG. z. ZPO., wonach die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze durch die Zivilprozeßordnung nicht berührt werden, seiner Ansicht nicht entgegensteht, da ja nach Hellwig die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch § 259 ZPO. nicht aufgehoben, sondern erweitert werden. Das hindert aber nicht, seine Ansicht aus den oben angeführten Gründen zu verwerfen.

---

[1]) Hellwig S. 390.

[2]) Regelmäßig soll nämlich „im Zweifel" gemäß § 361 BGB. die Bestimmung, die Leistung des einen Teiles solle genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden, die oben angegebene Bedeutung nicht haben, sondern soll dem Gläubiger bei Verspätung nur ein Rücktrittsrecht geben.

[3]) Hellwig S. 394 Anm. 4.

§ 13.

Wir sind somit kurz zu folgendem Ergebnis gelangt. Auf Grund der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind wir befugt, nur da von einem subjektiven Privatrechte zu sprechen, wo dem durch eine Rechtsnorm Begünstigten die Möglichkeit der Durchsetzung des primären Rechtsbefehls zugestanden ist, und zwar muß diese Möglichkeit besonders verliehen sein; sie ergibt sich nicht von selbst.[1]) Für die relative Norm ist die Verleihung dieser Macht in § 241 BGB. ausgesprochen. Dagegen bedarf es für absolute Normen des besonderen Nachweises, daß zugleich die Erzwingung der Pflicht in die Hand des Begünstigten gelegt ist, oder m. a. W., daß ihm die Unterlassungsklage, die ja das Kennzeichen des absoluten Rechts bildet, zugesprochen ist. Gerade für absolute Imperative hat das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich nur für einzelne Fälle die Unterlassungsklage gewährt,[2]) und es ist unzulässig, das Anwendungsgebiet auf dem Wege der Analogie zu erweitern. Immer wird erst durch die ausdrückliche Verleihung der Unterlassungsklage die günstige Position des durch absolute Verbote Geschützten zum Recht. Diese Darstellung wird noch durch den Hinweis ergänzt, daß die Charakterisierung einer günstigen Rechtsstellung als „ausschließlichen Rechts" nach Praxis und Wissenschaft nur eine andere Form für die Anerkennung eines absoluten Privatrechts oder, was dasselbe ist, für die Verleihung der Unterlassungsklage ist.

§ 14.

Wir kommen jetzt zu unserem eigentlichen Thema: Besteht nun ein subjektives Privatrecht an dem Gewerbebetrieb? und welchen Umfang hat dieses Recht? Der erste Teil der Frage kann nach den vorhergehenden Feststellungen keine Schwierigkeiten mehr bieten; er muß m. E. ohne weiteres bejaht werden;

---

[1]) Lehmann S. 111, 113, 117, besonders S. 119 ff., 226 ff. Unrichtig Stephan S. 96 ff., wo er gegen Lehmann polemisiert. Wie diese Ausführung sich mit der übrigen Darstellung, besonders aber S. 99, 150, 153, 154 vereinigen läßt, ist mir nicht verständlich; denn mit der auf S. 96 ff. vertretenen Ansicht steht Stephan auf demselben Standpunkt wie Eltzbacher, den er doch S. 153, 154 bekämpft.

[2]) s. besonders Lau S. 501.

denn in den §§ 1, 3, 13, 14, 16 UnlWG. v. 7. 6. 1909 ist für sämtliche selbständige Verbotsnormen (nämlich §§ 1, 3, [§ 4 kommt nicht in Betracht, da § 3 enger ist] 6, 7, 8, 9 Abs. 2 Satz 2, 11, 12, 14, 16 UnlWG. mit Ausnahme der §§ 15, 17, 18 u. 20), welche insgesamt die gewerbliche Tätigkeit zu schützen berufen sind, jedem Gewerbetreibenden, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt, die Unterlassungsklage zugesprochen. Mithin ist dem durch jene Imperative Begünstigten — das ist immer der Gewerbetreibende, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt [1]) — über die Imperative die Verfügungsmacht gegeben, indem er die Verbote, die — was keiner Worte bedarf — absolute sind, durch Unterlassungsklage unmittelbar erzwingen kann. Damit ist auf Grund der früheren Erörterungen die durch die Normen (dahin gehören auch §§ 15, 17, 18, 20 UnlWG.) [2]) gegebene Rechtsstellung als Recht charakterisiert; dieses Recht bezeichnet man zweckmäßig als Recht an dem Gewerbebetrieb, da die gewerbliche Tätigkeit oder der Gewerbebetrieb den Angriffsgegenstand des unlauteren Wettbewerbs bildet (vgl. unten § 15).[3])

---

[1]) Es ist auch den Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit die Verbände als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können, die Klagbefugnis zugesprochen. Natürlich ist diesen dadurch ein Recht nicht zugestanden.

[2]) s. § 15 unten.

[3]) Ein subjektives Recht an dem Gewerbebetrieb wird mit verschiedener Begründung und in verschiedenem Umfange anerkannt von Lobe Bd. 1 S. 183 ff.; v. Liszt S. 22; Oertmann (mit obiger Begründung) in DJZ. 1899 S. 93 ff., 1904 S. 621, Komm. Bd. 2 S. 943 Note 3 b zu § 823 BGB.; Dernburg Bd. 2, 2 S. 700 Anm. 9; Gierke Bd. 1 S. 705 Anm. 9, S. 713 ff., in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 1 S. 918 ff.; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 199, Einführung S. 30, in Holtzendorffs Enzykl. Bd. 1 S. 589 ff.; Müller S. 22; Pinner S. 2; M. M. Kohler S. 12 ff.; Marcus S. 172; Schramm S. 36 ff.; Lehmann S. 122, 127; Stephan S. 90; Pisko S. 45, besonders Anm. 19; Leppel, 28. DJT. Bd. 3 S. 280; vgl. auch Lau S. 498, 500; Eltzbacher S. 143 ff.; Finger S. 4 ff. läßt die Frage dahingestellt; s. auch Osterrieth S. 12, 405; nach ihm ist es jedoch eine Frage der Terminologie (!), ob man den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu einem subjektiven Recht verdichten will, trotzdem Osterrieth, wie seine Ausführungen ergeben, auch praktisch wichtige Folgen an das Dasein dieses Rechts stellt (!) (vgl. in dieser Hinsicht S. 421, 426, 428, 432). Das Gewerberecht ist ferner vom RG. anerkannt; vgl. RG. v. 29. 5. 1902, Entsch. Bd. 51 S. 374, v. 14. 12. 1902, Entsch. Bd. 56 S. 275, v. 27. 2. 1904,

Ein Punkt bedarf noch der Klarstellung. Haben nämlich die im Wettbewerbsgesetz gewährten Unterlassungsansprüche wirklich gleichen Charakter mit den sonst bei absoluten Rechten, z. B. in den §§ 12, 1004 BGB. gegebenen Ansprüchen? Ich muß in Widerspruch mit Lau die Gleichartigkeit behaupten. Nach Lau[1]) spricht gegen die Gleichstellung des z. B. in § 6 UnlWG. von 1896 genannten Anspruchs — die Streitfrage ist auch bei dem neuen

---

Entsch. Bd. 58 S. 29, v. 27. 5. 1905, JurW. 1905 S. 431, v. 5. 2. 1906, JurW. 1906 S. 164, v. 4. 10. 1906, Entsch. Bd. 64 S. 156, v. 22. 2. 1907, Entsch. Bd. 65 S. 212ff., v. 14. 1. 1908, JurW. 1908 S. 134, v. 13. 7. 1909, Warneyer 1909 S. 486, JurW. 1909 S. 494 (vgl. namentlich letzteres Urteil wie manches vorgenannte bezüglich der Beschränkung des Inhalts des Gewerberechts; in dieser Hinsicht ähnlich wie oben). — Ein Punkt sei hier nochmals betont. Während Oertmann und in zahlreichen Entscheidungen das RG. ein subjektives Privatrecht an dem Gewerbebetriebe im Umfange der im Wettbewerbsgesetz gegebenen Normen anerkennen, geht der größte Teil der Schriftsteller, soweit sie ein derartiges Recht anerkennen, darüber hinaus und bejaht das Bestehen dieses Rechts in fast unbeschränktem Umfange (vgl. hierzu das bereits oben S. 2 Anm. 2 Gesagte). Dieser Gegensatz hat sich auch auf den letzten beiden Juristentagen, besonders dem 29., geltend gemacht. So verletzen nach einigen auch der Boykott und die Verrufserklärungen vielfach das Gewerberecht und erzeugen demgemäß Unterlassungsansprüche und Schadensersatzklagen aus § 823 Abs. 1 BGB.; hierher sind zu rechnen Pape in seinem Gutachten, 29. DJT. Bd. 4 S. 246ff., besonders S. 254ff. (Überhaupt ist bei Pape eine klare Stellungnahme zu dem Begriff des subjektiven Privatrechts zu vermissen; s. aber S. 254, 255 Verwechslung von Recht und Rechtsgut, S. 259, 250 Unterlassungsklagen neben Schadensersatzklagen aus § 823 Abs. 1.) Lobe in seinem Bericht, 29. DJT. Bd. 5 S. 173ff., besonders S. 186ff.; vgl. besonders seinen Antrag S. 194, 195, der kurz die Ansicht Lobes über den Begriff des Gewerberechts kennzeichnet (ebenso DJZ. 1908 S. 934ff.). Richtig dagegen Oertmann in seinem Gutachten über die zivilrechtlichen Folgen der Verrufserklärungen, 28. DJT. Bd. 2 S. 33ff., s. besonders S. 57ff.; Rosin in seinem Bericht, 29. DJT. Bd. 5 S. 195ff., s. besonders S. 203, 207, 208, 227; ebenso ist auch nach Ansicht des RG. für den Boykott und die Verrufserklärungen nur § 826 BGB. unter Umständen zur Anwendung zu bringen, nicht § 823 Abs. 1; vgl. RG. v. 2. 2. 1905, Entsch. Bd. 60 S. 104, v. 12. 7. 1906, Entsch. Bd. 64 S. 55ff., v. 14. 10. 1907, Entsch. Bd. 66 S. 383ff, v. 2. 12. 1907, Warneyer 1908 S. 108ff, JurW. 1908 S. 39, v. 17. 9. 1908, Warneyer 1909 S. 21ff., JurW. 1908 S. 679, v. 23. 12. 1908, DJZ. 1909 S. 378, JurW. 1909 S. 100, v. 3. 5. 1909, JurW. 1909 S. 391. — Gegen das Recht auf den Gewerbebetrieb u. a. Binder, Rechtsstellung des Erben Bd. 1 S. 33, 34; nicht direkt ablehnend Stegemann S. 18, 19.

[1]) Gruchot Bd. 47 S. 501, 502, vgl. noch S. 506.

Gesetzbuch notwendig vorhanden — mit denen in §§ 12, 1004 BGB. schon „der Umstand, daß § 6 UnlWG. von dem dem Bilde der negatoria entlehnten Erfordernis der Wiederholungsgefahr (vgl. §§ 12, 862, 1004 BGB.) absehe und statt dessen folgerichtig und deutlich die Wiederholung oder Verbreitung selbst als Gegenstand des abstrakt aufgestellten Untersagungsanspruchs bezeichne". Zunächst kann aus der verschiedenen Ausdrucksweise der beiden Gesetze ein derartiger Schluß, daß es sich im Wettbewerbsgesetz um besonders geartete Unterlassungsansprüche handle, die mit den sonst statuierten nichts gemein hätten, nicht gefolgert werden. Man hat zu beachten, daß das Wettbewerbsgesetz von 1896 vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffen ist und der Gesetzgeber bei Abfassung des neuen Wettbewerbsgesetzes von 1909 keine Veranlassung hatte, von dem gewählten Ausdruck im großen und ganzen abzugehen, da die streitigen Rechtsbefehle in der Praxis durchgehend richtig als Unterlassungsansprüche nach Art der in §§ 12, 1004 zugestandenen aufgefaßt sind.[1]) Lau (S. 506) vertritt also den Standpunkt, der Inhalt des Anspruchs in § 6 des früheren UnlWG. (§ 14 des neuen UnlWG.) gehe „kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift direkt auf non facere für die Zukunft"; er legt hierbei das größte Gewicht auf das Wörtchen „direkt"; gerade weil eben die Wiederholungsgefahr nicht gegeben zu sein brauche, bestehe keine Identität, keine Wesensgleichheit zwischen dem hier bezeichneten Anspruch und dem z. B. in §§ 12, 1004 BGB. gewährten.

Dem ist folgendermaßen zu begegnen. Im Wettbewerbsgesetz handelt es sich zweifellos um Rechtsnormen, die sich gegen jedermann richten, die also absoluten Charakter aufweisen. Als solche können sie nur Verbote sein, die von den Rechtsgenossen ein Unterlassen fordern, nicht in dem Sinne, daß sie den Genossen ein bestimmtes Wollen oder Tun abnötigen, sondern nur ein bestimmtes Tun verbieten.[2]) Diese Verbote untersagen ein bestimmtes Handeln ununterbrochen, nicht nur für die Zukunft sondern ebensogut für die Gegenwart. Dieses ist m. E. unzweifel-

---

[1]) Lobe Bd. 1 S. 192 ebenso.

[2]) Stephan S. 25ff.; Langheineken S. 247 Anm. 2.

haft.[1]) Im ersten Moment könnte man sich als Gesetzgeber die Frage vorlegen: Soll das Gesetz dem durch die Normen Begünstigten die Macht verleihen, den Unterlassungsbefehl auch für die Gegenwart zur Durchsetzung bringen zu können, oder soll es die Erzwingung des Imperativs nur für die Zukunft zubilligen? Die Frage löst sich leicht. Die Gesetzgebung ist gar nicht imstande, dem Begünstigten die erstere Macht zu verleihen. Der Rechtsbefehl, der sich auf gegenwärtiges wie zukünftiges Unterlassen richtet, kann in seiner gegenwärtigen Wirkung nicht erzwungen werden, einmal, weil ein Bedürfnis für die Durchsetzung des Befehls nicht besteht (entweder kommt der Verpflichtete ihm nach oder nicht), die Möglichkeit der Erzwingung dann auch daran scheitert, „daß die Gegenwart bis zur Durchführung des Rechtsstreits notwendig zur Vergangenheit geworden und die einmal nicht vollzogene Unterlassung nicht mehr nachholbar ist".[2]) Sonach kann der Unterlassungsbefehl nur für die Zukunft von dem Begünstigten zur Geltung gebracht werden. Erkennt man dies als richtig an, so ergibt sich m. E. das Erfordernis der Wiederholungsgefahr aus der Natur des gegebenen Rechtsbehelfs. Es wäre unsinnig, wollte der Gesetzgeber dem Begünstigten die Möglichkeit der Erzwingung der Norm für die Zukunft verleihen, wenn eine Zuwiderhandlung gegen den Imperativ nicht zu erwarten steht. In richtiger Erkenntnis hat denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch fast regelmäßig (vgl. §§ 12, 862, 1004, 1017, 1027, 1065, 1090, 1227 BGB.) die Voraussetzung gefordert, daß „weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind". Bei einem Teil der Unterlassungs-

---

[1]) Langheineken S. 248ff.; Oertmann, Komm. Bd. 1 S. 582 (in der Vorbem. zur Verjährung A 3b); Stephan S. 110ff.; Lehmann S. 93ff.; vgl. auch Zitelmann, Recht des BGB. Bd. 1 S. 177: „Ansprüche auf Unterlassen sind erst mit der Zuwiderhandlung unerfüllt". Unrichtig Hellwig S. 351: „Die Erfüllung der Unterlassungsverpflichtung liegt in allen Fällen in der Zukunft"; richtig Hellwig S. 26: „Die aus dem unverletzten dinglichen Rechte fließenden Ansprüche werden durch Unterlassung fortdauernd erfüllt"; so auch S. 6, 350.

[2]) Oertmann, Komm. Bd. 1 S. 582 (in der Vorbem. zur Verjährung A 3b), 49 Anm. 4c zu § 12 BGB.; Lehmann S. 94; Eltzbacher S. 84; unrichtig Hellwig S. 351: „Der einer Unterlassungsverpflichtung entsprechende Anspruch kann nur geltend gemacht werden als zukünftig zu erfüllender, weil er eben auf ein zukünftiges Verhalten gerichtet ist"; s. hierzu oben Anm. 1.

klagen, und so auch namentlich bei denen im Wettbewerbsgesetz normierten, ist diese Voraussetzung nicht ausgesprochen. Gleichwohl wird man auch hier die Wiederholungsgefahr fordern müssen, einmal, weil vernünftigerweise nicht anzunehmen ist, daß z. B. das Wettbewerbsgesetz die Unterlassungsklage ohne das Bestehen einer Wiederholungsgefahr verleihen sollte, während z. B. selbst die zum Schutze des wichtigsten aller Rechte, des Eigentums, dienenden Unterlassungsklagen die Voraussetzung verlangen, dann auch, weil, was bereits oben betont, das Gesetz nicht so unverständig sein kann, eine Klage, deren alleiniger Zweck es ist, eine Beeinträchtigung zu verhüten, auch ohne Gefahr einer Beeinträchtigung zuzugestehen.[1])

Aber selbst, wenn man auch für die Unterlassungsklagen des Wettbewerbsgesetzes die Wiederholungsgefahr nicht fordert, so kann aus diesem m. E. nebensächlichen Punkte kein Grund für eine die Wesensverschiedenheit dieser Unterlassungsklagen mit den im Bürgerlichen Gesetzbuche normierten hergeleitet werden. Zur Feststellung eines subjektiven Privatrechts ist für mich — was nach den obigen Erörterungen nicht mehr zweifelhaft sein kann — das Entscheidende, daß dem durch eine Norm Begünstigten zugleich die Macht über diese Norm gegeben ist; nun ist dies doch im Wettbewerbsgesetz der Fall, ja, es wäre zu sagen, daß die durch jenes Gesetz verliehene Macht über die Normen sogar eine weitere gegenüber der im Bürgerlichen Gesetzbuch, z. B. in §§ 12, 1004, zugestandenen sei, indem eben die Voraussetzung der Wiederholungsgefahr nicht gegeben zu sein brauche. Daß die Macht genau in dem z. B. in § 1004 gegebenen Umfange verliehen sein muß, behaupte ich nicht. Der Einwand Laus ist somit nicht gerechtfertigt.

[1]) Für die Voraussetzung der Wiederholungsgefahr allgemein Oertmann, DJZ. 1904 S. 621; Lobe Bd. 1 S. 342ff.; Eltzbacher S. 179ff.; Stephan S. 113, 130ff.; Marcus S. 173; Fuld, DJZ. 1908 S. 285; für das Wettbewerbsgesetz Hellwig S. 394 Anm. 34; Osterrieth S. 421 Anm. 1 (bezüglich § 9 des alten Wettbewerbsgesetzes); RG. v. 11. 6. 1901, Entsch. Bd. 48 S. 241, v. 21. 10. 1904, JurW. 1905 S. 20, v. 14. 2. 1905, Entsch. Bd. 60 S. 154, v. 23. 3. 1908, Warneyer 1908 S. 282, v. 13. 11. 1908, Warneyer 1909 S. 231. Unbestimmt Finger, der für § 6 UnlWG. von 1896 die Wiederholungsgefahr nicht verlangt (S. 187 Anm. 4d zu § 6), wohl für die Unterlassungsklage aus § 826 BGB. (S. 383 Anm. 8d zu § 826 BGB.). — Dagegen für das Wettbewerbsgesetz Lau S. 502, 506; Pinner S. 48.

§ 15.

Im vorhergehenden Paragraphen wurde aus dem Umstande, daß das Wettbewerbsgesetz in den §§ 1, 3, 13, 14, 16 Unterlassungsklagen gewährt, der Schluß gezogen, daß damit ein absolutes Privatrecht im Umfange der im Wettbewerbsgesetz enthaltenen Normen anerkannt sei, welches zweckmäßig als Recht an dem Gewerbebetrieb zu bezeichnen sei. Diese Folgerung bedarf noch einer näheren Erläuterung.

Ich habe bisher, um die Übersichtlichkeit der Darstellung nicht zu stören und in die Entscheidung der Frage nach dem Begriffe des subjektiven Privatrechts nicht Momente hineinzubringen, welche das Problem zwecklos verwickelter gestalten könnten, einen Punkt nicht behandelt, nämlich, ob denn auch jeder selbständigen Rechtsnorm ein besonderes Rechtsverhältnis entspreche. Nach den früheren Eröterungen müßte dies eigentlich angenommen werden. Wäre letzteres aber wirklich der Fall, so hätten wir eine Unzahl von Rechtsverhältnissen und auch gerade von solchen, denen die Qualität von subjektiven Rechten beizumessen wäre. Dem ist aber nicht so. Vielmehr gehört nach der Technik unseres Gesetzes zu einem Rechtsverhältnis regelmäßig eine Summe von Imperativen; man denke nur an das Eigentum und die sonstigen dinglichen Rechte; hier ist immer eine Mehrzahl von Rechtsnormen zu einer Einheit verbunden. Damit erhebt sich sofort die Frage, wann ist eine derartige Zusammenfassung von Rechtssätzen geboten, welcher Gesichtspunkt muß bei dieser Beurteilung berücksichtigt werden. Diese Frage läßt sich nur allgemein dahin beantworten, daß hierfür der einheitliche Zweck, dem die Normen dienen sollen, entscheidend sein muß, daß die zusammengehörenden Imperative den Begünstigten in einer bestimmt abgegrenzten Richtung zu schützen berufen sind. Ein sichereres Kriterium kann nicht angegeben werden.[1])

Danach ist es auch nicht angängig, in jedem der §§ 1, 3, 6, 7, 8, 9 Abs. 2 Satz 2, 11, 12, 14 u. 16 UnlWG. ein eigenes, besonderes subjektives Privatrecht anerkannt zu sehen. Das Gesetz enthält in

---

[1]) Bierling S. 167, 183 ff., 195 ff., 275 ff.; Lehmann S. 62; vgl. auch Eltzbacher S. 122 ff.

den Paragraphen nur eine, wenn auch zweifellose Andeutung über das dem gesamten Normenkomplex im Wettbewerbsgesetz zugrunde liegende einheitliche subjektive Privatrecht. Wir haben es hier mit einem sogen. „mehrnormigen Rechtsverhältnis" (Bierling) zu tun, und zwar werden die Rechtsnormen im Wettbewerbsgesetz, die ja auch schon äußerlich durch Vereinigung in einem Gesetze als zusammengehörend anerkannt sind, durch den einheitlichen Zweck, dem sie dienen, nämlich Schutz der gewerblichen Tätigkeit, zusammengehalten. Der gemeinsame Zweck der im Wettbewerbsgesetz enthaltenen Imperative geht auch fernerhin zur Genüge aus dem Titel des Gesetzes: „Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb" hervor.

Einiges soll in dieser Hinsicht noch gesagt werden. Teilweise wird heute noch bezweifelt, daß den Vorschriften des Wettbewerbsgesetzes ein einheitlicher Schutzgegenstand zugrunde liegt; doch kann nach den eingehenden und klaren Ausführungen Lobes die Berechtigung dieses Zweifels nicht anerkannt werden. Als mißlungen ist allerdings der Versuch zu bezeichnen, der als Gegenstand des Rechts die Beziehungen zur Kundschaft hinstellen will. Dagegen sprechen folgende Gründe.[1]) Beim Wettbewerb handelt es sich einmal ja nicht nur um Beziehungen zu alten Kunden, sondern ebensosehr um Gewinnung neuer Kunden, zu denen Beziehungen überhaupt noch nicht vorhanden sind. Dann gäbe es auch nur bei altbegründeten Geschäften einen Wettbewerb. Weiter würde die Bezeichnung auch nur einen Teil der Erscheinungen des unlauteren Wettbewerbs treffen; denn dann gehörte nur die unrechtmäßige Beeinflussung des Willens der Kunden hierher, dagegen nicht sonstige Handlungen, welche die gewerbliche Tätigkeit des Konkurrenten treffen.

Richtig hat Lobe[2]) die gewerbliche Tätigkeit als den einheitlichen Schutzgegenstand des im Wettbewerbsgesetz angedeuteten Rechts nachgewiesen. Bei jedem Wettbewerb, welcher Art er auch sei — dies ist der Ausgangspunkt Lobes — handelt es sich um

[1]) vgl. hierzu Lobe Bd. 1 S. 24 ff., 44, 179 ff.

[2]) Lobe Bd. 1 S. 1—71, 174 ff., 29. DJT. Bd. 5 S. 187, 188; vgl. Bierling Bd. 1 S. 266 ff.; RG. v. 4. 10. 1906, Entsch. Bd. 64 S. 156, v. 13. 7. 1909, Warneyer 1909 S. 486.

die Anspannung der Kräfte zwischen mindestens zwei Konkurrenten,[1]) d. h. Personen, welche dasselbe Ziel erreichen wollen und sich der Gegnerschaft des anderen bewußt sind, zur Erreichung eines bestimmten Zwecks. Es gilt nun, das Ziel vor dem anderen zu erreichen. Verschiedene Mittel stehen hierzu zu Gebote. Der Bewerber kann nämlich einmal „die den Erfolg fördernden Bedingungen bei sich vermehren" und „die den Erfolg hindernden Bedingungen" vermindern oder beseitigen, dann kann er auch umgekehrt beim Mitbewerber „die den Erfolg fördernden Bedingungen" vermindern oder beseitigen und „die den Erfolg hemmenden" vergrößern. In all diesen Fällen richten sich die Handlungen des einen gegen die Tätigkeit des Konkurrenten. Keiner weiteren Begründung bedarf dies bezüglich der zuletzt genannten Handlungen; doch auch hinsichtlich der zuerst bezeichneten beiden Kategorien von Handlungen ist die Sachlage die gleiche; auch sie wenden sich gegen die Tätigkeit des Gegners, indem durch Erreichung des Ziels dem Mitbewerber die Möglichkeit, das Ziel zu erreichen, genommen wird, indem also dadurch die vorher aufgewandte Tätigkeit des Gegners wertlos gemacht wird. Bei jedem Wettbewerb handelt es sich ja um Erlangung, nicht um Behalten eines Gutes. Der Folgerung Lobes (S. 7): „Angriffsgegenstand, gegen den sich die Wettbewerbtätigkeit des einen richtet, ist die auf Erreichung des gemeinsamen Ziels gerichtete Wettbewerbtätigkeit des anderen" ist sonach zuzustimmen. Wie beim Wettbewerb überhaupt, steht es natürlich auch beim unlauteren Wettbewerb; auch er kann sich naturgemäß nur gegen die Tätigkeit des Mitbewerbers richten. Ebenso bleiben selbstverständlich die entwickelten Grundsätze in Geltung, wenn es sich, wie beim unlauteren Wettbewerb nach dem Gesetze von 1909, um eine bestimmt geartete, nämlich gewerbliche Wettbewerbstätigkeit handelt.

Die Tatsache nun, daß den Normen des Wettbewerbsgesetzes ein einheitlicher Schutzgegenstand zugrunde liegt, und der Umstand, daß in den meisten Paragraphen des Gesetzes, nämlich in den

[1]) So hat auch das UnlWG. — um dies hier einzuschalten — die Rechtsbehelfe nur demjenigen Gewerbetreibenden zuerkannt, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt, der also, um es anders auszudrücken, mit dem Verletzer gleichen Kundenkreis hat.

§§ 1, 3, 6, 7, 8, 9 Abs. 2 Satz 2, 11, 12, 14 u. 16 das Kennzeichen des subjektiven Privatrechts sich findet, rechtfertigen die Schlußfolgerung, daß es sich um ein einziges subjektives Privatrecht handelt, das im Rahmen der Vorschriften des Gesetzes existiert.

Unser Thema hat ausdrücklich noch das Bürgerliche Gesetzbuch zur Erkenntnis des Rechts an dem Gewerbebetrieb hinzugezogen; der Wert kann nur darin stecken, nachzuweisen, ob etwa Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches als zusammengehörend mit den im Wettbewerbsgesetz gegebenen anzusehen sind, ob und welche Normen des bürgerlichen Rechts also den Inhalt des gewerblichen Rechts bilden. Nur §§ 824, 826 BGB. können in Betracht kommen, da § 823 Abs. 1, an den man vielleicht denken könnte, von vornherein ausscheidet, weil er das Bestehen von Rechten voraussetzt. Was zuerst den § 824 BGB. anlangt, so kann es m. E. keinem ernstlichen Zweifel unterliegen, daß dieser Paragraph auf den unlauteren Wettbewerb nicht besonders zugeschnitten ist, daß auch sonst kein Anlaß vorliegt, ihn als mit den Normen des Wettbewerbsgesetzes zusammengehörend anzuerkennen; dagegen spricht gerade, daß die Kreditschädigung in den §§ 14, 15 UnlWG. besonders geregelt ist. Dagegen würde dem § 826 BGB. vielleicht der Charakter einer Norm zuzusprechen sein, welche speziell gegen den unlauteren Wettbewerb gerichtet und auch geeignet ist, die Auswüchse des unreellen Geschäftsbetriebes erfolgreich zu bekämpfen; an seine Stelle ist jedoch die Generalklausel gegen den unlauteren Wettbewerb in § 1 des Ges. v. 7. 6. 1909 getreten, die auch in der Hinsicht weiter ist als § 826 BGB., als irgendein Verschulden auch bezüglich des Schadensersatzanspruchs nicht gegeben zu sein braucht; dieserhalb kann § 826 BGB. als besonderer Imperativ gegen den unlauteren Wettbewerb nicht mehr in Frage kommen.

Wir haben also gesagt: das Recht an dem Gewerbebetrieb — übrigens ein Name, mit dem an und für sich nichts gesagt ist; das dürfte nach den obigen Darlegungen einleuchten — besteht in dem Umfang der im Wettbewerbsgesetz gegebenen Normen. Mit dieser Auffassung sind zweierlei Konsequenzen verbunden. Zuerst können die Normen, bei denen die Unterlassungsklage nicht ausdrücklich zugestanden ist (nämlich in §§ 15, 17, 18, 20 UnlWG.), von dem Berechtigten durch jene Klage erzwungen werden, und

zweitens ist ein Schadensersatzanspruch auch in den Fällen der §§ 15, 20 UnlWG. gegeben; zu letzterer Folgerung kann man ohne Annahme eines Gewerberechts gelangen, wenn man jene Paragraphen zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. rechnet.

Anhang.

Bevor mit kurzen Worten das Resultat der angestellten Untersuchung wiedergegeben werden soll, möchte ich noch an dieser Stelle eine Lehre streifen, welche für die behandelte Frage von Wichtigkeit ist. Ein subjektives Privatrecht an dem Gewerbebetrieb wird von einigen Schriftstellern auf Grund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt. So stützt sich nach Gierke,[1]) dem Hauptvertreter jener Theorie, der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb auf das „Recht der Persönlichkeit". Dieses ist nach Gierke „das einheitliche subjektive Grundrecht, das alle besonderen subjektiven Rechte fundamentiert und in sie alle hineinreicht, das daher so gut die öffentlichen Rechte wie die Privatrechte und so gut die Rechte an Sachen wie die Rechte an Personen trägt und begleitet".[2]) M. a. W. alle subjektiven Rechte sind daneben noch im Rechte der Persönlichkeit enthalten. M. E. ist mit dieser Darlegung nichts gewonnen; denn was hat es für einen Zweck, zu behaupten, die einzelnen Rechte steckten nebenher auch noch im Rechte der Persönlichkeit? Tatsächlich ist die Aufstellung einer solchen Behauptung zugleich die Quelle einer Reihe von Fehlern, indem nämlich aus diesem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit Ansprüche sowohl auf Schadensersatz als auf Unterlassung hergeleitet werden, die im positiven Rechte auch nicht die geringste Stütze finden. In diesem Sinne schreibt Gierke (S. 704) weiter: „Die Grenzen zwischen den besonderen Persönlichkeitsrechten und dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit sind zum Teil fließend

[1]) Bd. 1 S. 705 Anm. 9, S. 714; s. ferner über das Persönlichkeitsrecht Gierke, ebenda S. 260 ff., 702 ff., in der Holtzendorffschen Enzyklopädie Bd. 1 S. 475 ff., 918 ff.; Kohler in Holtzendorffs Enzyklopädie Bd. 1 S. 587 ff., Einführung S. 30; Lobe Bd. 1 S. 159 ff.; Osterrieth S. 13, 406; Marcus S. 172; vgl. auch Elzbacher S. 126. — Dagegen u. a. Cosack Bd. 1 S. 602; Lehmann S. 120 ff. (s. aber S. 128 ff.); Lau S. 503; Pisko S. 36 Anm. 33.

[2]) a. a. O. S. 703.

und unsicher. Jedenfalls erschöpfen die in feste gesetzliche Formen gegossenen Persönlichkeitsrechte nicht den an sich hierfür geeigneten Stoff. Vielmehr lassen sie empfindliche Lücken. Zur Ausfüllung solcher Lücken muß da, wo das Rechtsbewußtsein der Gegenwart dies heischt, auf das allgemeine Recht der Persönlichkeit zurückgegriffen werden, bis aus ihm ein neues besonderes Recht herausgeholt ist". Durch solche Ideen ist der Gegensatz zwischen dem, was Recht ist, und dem, was vielleicht besser Recht wäre, beseitigt. Danach steht der Richter über dem Gesetz; er bestimmt, was Recht ist. Es bedarf keiner Worte, um die Verkehrtheit dieser Anschauung darzutun. Damit ist auch ohne weiteres ersichtlich, daß es praktisch wertlos und überflüssig ist, den Begriff des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufzustellen.[1]) Selbst wenn man nicht willkürlich neue Rechtssätze aufstellen, sondern nur die im Gesetz gegebenen absoluten Verbote zusammenfassend als solche auffassen will, durch welche der Inhalt eines allgemeinen Rechts an der Persönlichkeit gebildet wird, so muß selbst diese engere Ansicht als irrig verworfen werden. Die Lehre würde nämlich darauf hinauslaufen, jeder absoluten Norm die Eigenschaft der Erzwingbarkeit für den Begünstigten zuzusprechen. Die Ansicht steht aber mit dem Gesetz, das immer nur für den Einzelfall die Erzwingbarkeit der absoluten Norm festgestellt hat, in Widerspruch.[2]) Somit muß die Theorie über das Persönlichkeitsrecht auch insofern zurückgewiesen werden, als sie das Gebiet der Unterlassungsklage erweitern will.

§ 16.

Im ersten Abschnitte ist der Nachweis versucht, daß ein subjektives Privatrecht nur dann als gegeben anzusehen ist, wenn der im Rechtsverhältnis Begünstigte den (oder die) zu seinen Gunsten erlassenen Rechtsbefehl (oder Rechtsbefehle) erzwingen kann; folgerichtig muß, damit ein absolutes Recht vorliegt, die Unterlassungsklage gegeben sein, wodurch eben das zugunsten des Berechtigten bestehende Störungsverbot zur Durchsetzung gebracht

---

[1]) Kipp bei Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 175 in Anm. 1 zu § 40.

[2]) Ebenso Lau S. 503; Lehmann S. 121.

werden kann. Diese Möglichkeit, die absoluten Imperative zu erzwingen, muß besonders verliehen sein und geschieht in unserer Gesetzgebung auf zweierlei Weise; entweder wird die Unterlassungsklage ausdrücklich gewährt oder die Rechtsposition im Rechtsverhältnis wird als „ausschließliches Recht" charakterisiert, zwei Formen, die ein und derselbe Ausdruck für die Konstatierung eines subjektiven Privatrechts sind. Unrichtig ist, daß jeder absolute Imperativ von dem durch ihn Begünstigten erzwungen werden kann; dieser Grundsatz ist im Gesetz nicht enthalten; das Gebiet der Unterlassungsklage auf dem Wege der Analogie auszudehnen, ist sonach nicht möglich; die Gesetzgebung hat vielmehr schrittweise bei jeder Norm die Rechtsstellung in der bezeichneten Weise verstärkt. Ebenso irrig ist es, ein allgemeines Recht der Persönlichkeit anzunehmen, in dem alle absoluten Normen enthalten sind, und auf diesem Wege bei jeder absoluten Rechtsnorm die Unterlassungsklage zu gewähren; diese Ansicht ist nur ein anderer Ausdruck für die Erweiterung des Anwendungsgebiets der Unterlassungsklage durch Analogie. Nun wird — so ist im zweiten Abschnitt dargetan — nach der Technik unseres Gesetzes nicht durch jede selbständige Norm ein Rechtsverhältnis geschaffen, vielmehr sind regelmäßig mehrere Imperative zu einem sogen. „mehrnormigen Rechtsverhältnis" zusammengefaßt, und zwar werden die einzelnen Rechtsbefehle durch einen gemeinsamen Zweck, dem sie dienen, zu einer Einheit vereinigt. Im Wettbewerbsgesetz ist für die selbständigen Rechtsnormen in §§ 1, 3, 6, 7, 8, 9 Abs. 2 Satz 2, 11, 12, 14 u. 16, also mit Ausnahme der §§ 15, 17, 18 u. 20, die Unterlassungsklage gewährt; alle im Wettbewerbsgesetz enthaltenen Rechtssätze sind weiter dadurch zu einem einheitlichen Rechtsverhältnis verbunden, daß sie einzelne Klassen von Personen in bestimmter Richtung schützen, indem sie sich gegen gewisse Verletzungen der gewerblichen Tätigkeit wenden. Wir haben es somit mit einem einheitlichen Recht zu tun, das im Umfange der im Wettbewerbsgesetz gegebenen Imperative (der oben aufgezählten Paragraphen, einschließlich der §§ 15, 17, 18 u. 20 besteht. Nicht hierher gehören die §§ 824, 826 BGB., einmal, weil diese Paragraphen nicht speziell, wenigstens § 824 nicht, zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs bestimmt sind, dann auch, weil die

Kreditschädigung (§ 824 BGB.) sowohl wie die Fälle des § 826, soweit sie in das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs hineinspielen, im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. 6. 1909, nämlich in den §§ 14, 15, 1, bereits geregelt sind. Die Konsequenz der vertretenen Meinung führt dahin: 1. auch für die Normen, für welche die Unterlassungsklage nicht besonders verliehen ist, nämlich §§ 15, 17, 18 u. 20 UnlWG., diese Klage zuzugestehen; 2. auch in den Fällen der §§ 15 u. 20 UnlWG. einen Schadensersatzanspruch zu gewähren. Zu der zweiten Folgerung kann man bei Leugnung des Rechts an dem Gewerbebetrieb auch dann kommen, wenn man die §§ 15 u. 20 UnlWG. zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. rechnet; dagegen kann der erste Schluß — der insofern praktisch bedeutsam ist, als der Gewerbetreibende an der Unterlassungsklage deshalb so großes Interesse hat, weil der Ersatz des entstandenen Schadens für ihn selten ausreichend ist, ferner die Höhe des Schadens meistens sich nicht genügend beziffern läßt — nur dann gezogen werden, wenn ein subjektives Privatrecht an dem Gewerbebetrieb besteht. Überhaupt kann der Wert, das Dasein eines absoluten subjektiven Privatrechts nachzuweisen, immer nur in der Konsequenz bestehen, im Rahmen der das Recht bildenden Normen die Unterlassungsklage zuzugestehen und an die schuldhafte Verletzung der Imperative eine Schadensersatzpflicht anzuknüpfen. Verfehlt ist es, z. B. bezüglich des Rechts an dem Gewerbebetrieb ein derartiges Recht zu konstatieren und dann zu folgern, jede Handlung, welche die gewerbliche Tätigkeit verletzt, verpflichtet zum Schadensersatze; denn wie in der Einleitung bereits bemerkt, ist nur ein Verhalten verboten, welches dem subjektiven Recht nicht entspricht; wie dieses Verhalten aber beschaffen sein muß, bestimmen die einzelnen Normen der Rechtsordnung. Klar ausgedrückt lautet dieser Gedanke: Keine Verletzung des subjektiven Rechts ohne Verletzung des objektiven.

Spezialdruckerei für Dissertationen Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Paul Lauber, wurde am 15. Juni 1886 in Cöln-Lindenthal als Sohn des Stadtgeometers Franz Lauber und seiner Ehefrau Elisabeth, Tochter des Gutsbesitzers Gottfried Stute-Schlamme, geboren. Am 28. März 1905 erhielt ich am Kaiser-Karls-Gymnasium in Aachen das Reifezeugnis. Darauf studierte ich von Ostern 1905 bis Ostern 1908 an den Universitäten Berlin und Bonn Rechts- und Staatswissenschaften. Am 4. Juli 1908 bestand ich am Oberlandesgerichte in Cöln die erste juristische Staatsprüfung. Nach meiner Ernennung zum Referendar wurde ich dem Kgl. Amtsgerichte in Stolberg (Rhld.), später dem Kgl. Amtsgerichte in Eupen zur Beschäftigung und Ausbildung überwiesen. Seit dem 13. April 1909 bin ich beim Kgl. Landgerichte in Aachen beschäftigt.